

Ó LIBRERIA

DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS,

COMPRENSIVA DE LOS CODIGOS

CIVIL, CRIMINAL Y ADMINISTRATIVO,

TANTO EN LA PARTE TEORICA COMO EN LA PRACTICA,

CON ARREGLO EN UN TODO A LA LEGISLACION HOY VIGENTE.

POR

EL ILUSTRISIMO SEÑOR

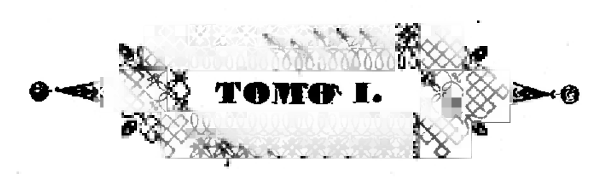
Don Florencio Garcia Goyena,

Magistrado honorario del Supremo Tribunal de Justicia, Regente que ha sido de las Audiencias de Valencia y Burgos, Ministro de la de esta Corte, y antiguo Síndico consultor de las Córtes y Diputacion permanente de Navarra.

Y

Don Joaquin Aguirre,

DOCTOR Y CATEDRATICO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID.



MADRID.

I. BOIX, EDITOR:

IMPRESOR Y LIBRERO, CALLE DE CARRETAS NUM. 8.

1841.

PRÓLOGO.

El Señor D. Eugenio Tapia, nuestro apreciable amigo, hizo al público un importante servicio dando á luz su Febrero Novisimo. Cualquiera que lo haya leido con mediana detencion, y cotejádolo con el Febrero adicionado y reformado anteriormente, habrá encontrado realizadas las promesas y ventajas anunciadas en el prólogo ó prospecto del señor Tapia. Pero los pocos años trascurridos desde la publicacion del Febrero Novisimo, equivalen largamente á muchos siglos, tanto bajo el aspecto de la legislacion como bajo el político, y de consiguiente han disminuido la utilidad de una obra que en su original y modificaciones posteriores estaba calcada sobre un sistema ú órden de cosas, muerto ya, ó por lo menos moribundo. Aun antes de que llegára este gran cambio ó trastorno, la sola publicacion del Código de Comercio habia inutilizado en parte los trabajos del señor Tapia, que ocupan 249 páginas de su tomo III; mas al presente lo quedan otros muchos, ó por la absoluta supresion de las materias sobre que versaban, ó por las mo-

dificaciones y nueva planta que han recibido de la nueva legislacion. Ocioso es presentar pruebas de lo que está al alcance y vista de todos: el sistema municipal es enteramente nuevo, los institutos religiosos han desaparecido; y con esto viene á quedar sin uso lo que en diferentes lugares del tomo I se dice sobre oficios concejiles, montes, dehesas, pastos, propios y arbitrios y pósitos de los pueblos, asi como sobre renuncias y sucesion de religiosos. Lo mismo puede decirse en parte de la materia de Mayorazgos tratada latamente en el tomo II, y aun mas de la venta de bienes eclesiásticos y de oficios jurisdiccionales: la Mesta tampoco es hoy lo que entonces; y estas lijeras indicaciones no las presentamos sino como nuestra ó bosquejo de otras muchas supresiones ó variaciones que se omiten.

De mayor monta todavía y de no menor utilidad son las novedades introducidas en el ramo judicial, como se echa de ver por el Reglamento provisional de 26 de setiembre de 1835 para la administracion de justicia, del título 5.° de la Constitucion de 1812, y de los Reales decretos de 4 de noviembre de 1838, sin contar los de las Córtes de la anterior época, hoy restablecidos, y los nuevamente dados por las posteriores. Por manera que han llegado á caducar para los pleitos no incoados antes del 15 de agosto de 1836, los recursos de segunda suplicacion y de injusticia notoria, y caducaron para todos los estraordinarios, que el señor Tapia ha incluido en el tratado segundo de su tomo IX, tomándolos del señor Elizondo. Han desaparecido tribunales y jurisdicciones, y en algunos de los que todavía subsisten, como los de Hacienda, se han hecho modificaciones importantes; la administracion de justicia es ya mas sencilla y uniforme, y lo será todavía mas cuando tenga su cabal cumplimiento y desarrollo el artículo 4.° de la Constitucion política de 1837.

Era pues preciso refundir el FEBRERO REFORMADO del señor Gutierrez, no menos que el NOVISIMO del señor Tapia, acomodándolos á la actual legislacion; tan diferente en muchos de sus ramos de la que regía cuando aquellos fueron publicados. Esta es la enojosa tarea que habemos tomado á nuestro cargo, consultando mas nuestros buenos deseos y la utilidad pública, que nuestras cortas fuerzas y conocimientos.

El señor Tapia ha acreditado su buen juicio siguiendo para la division de materias el órden trazado en las Instituciones Romanas, y adoptado en el Código francés: nosotros no podemos prescindir de imitar tan buenos ejemplos. Hablaremos, pues, primeramente de las personas, y en segundo lugar de las cosas, consagrando á cada uno de estos objetos un libro, con lo que vendrá á completarse un código, propia y rigorosamente civil. Mas no por esto le seguiremos en la distribucion ó colocacion que de las diferentes materias hace en el pormenor de los capítulos: este es ya un punto secundario, en el que no puede haber igual uniformidad entre particulares, como no la hay entre las instituciones y Código mencionados, ni en el nuestro de las Partidas.

Por de pronto descartaremos de esta parte civil todo lo que en realidad es administrativo, á cuyo ramo dedicaremos un tomo ó tratado aparte al fin de la obra: asi conciliaremos la utilidad de los lectores con la claridad y el buen órden, porque es ya tiempo de que no se interpolen y confundan materias tan diversas.

Colocaremos otras en el lugar que á nuestro corto entender sea mas adecuado, aprovechándonos indistintamente de uno ú otro de aquellos códigos. Sirva de ejemplo la materia de restitucion *in integrum* ó por entero, y la de los escribanos é instrumentos públicos: nosotros creemos que no han de-

bido invertirse el órden y lugar que tienen en las Partidas. Por el contrario, dedicaremos un título particular á la prescripcion como uno de los modos porque fenecen y se estinguen las obligaciones, porque es de mayor uso y estension en las acciones personales que en las reales, y lo mayor debe atraer á lo menor cuando no pueden dividirse cómodamente; fuera de que por este medio se evitarán repeticiones mas ó menos prolijas. Con igual libertad, y por las mismas consideraciones de unidad y sencillez, procederemos en otras materias, segun verán nuestros lectores, al paso que trataremos otras en títulos ó secciones particulares para mayor claridad y por exigirlo así su importancia.

Vendrán despues todos los juicios civiles ó séase el Código de Procedimientos, sin omitir ninguno de ellos, y abrazando desde el de paz ó conciliacion ante el Alcalde, hasta el recurso de nulidad ante el supremo Tribunal de Justicia: en esta parte se dará tambien lugar á los recursos de fuerza y de retencion de bulas.

El mismo método natural y aun necesario nos proponemos seguir en lo criminal. Trataremos primeramente la parte teórica, ó séase de delitos y penas, segun la legislacion vigente, por desgracia harto defectuosa, y que clama por una pronta reforma: en seguida lo haremos de la parte práctica ó séase de procedimientos criminales: en una y otra abrazaremos los delitos de fraude y contrabando, y cerraremos la obra con el tratado ó tomo de la parte administrativa.

Cada una de las materias irá acompañada de sus respectivos formularios de escrituras ó instrumentos, y la de juicios de los correspondientes á todas sus actuaciones.

Las hemos dividido en títulos y secciones porque esto ayuda mucho para su mejor distribucion y ma-

yor claridad, segun lo vemos en el Código de Comercio; y la numeracion en cada una de las partes ó Códigos será seguida sin interrupcion hasta el fin, porque facilita sobremanera la remision y evacuacion de las citas. Con solo indicar el número se tendrá la misma ventaja que con la cita de uno de los artículos de aquel Código, sin necesidad de hojear libros, títulos y capítulos.

Por las mismas consideraciones de claridad y ahorro de trabajo se pondrán las citas de las leyes á continuacion de la doctrina ó disposicion que se tome de ellas.

Aunque conservamos íntegra la doctrina de FEBRERO, no por eso habemos renunciado á la libertad de combatirla por notas, cuando no la hallamos apoyada en ley espresa ó á falta de ésta en sólidas razones.

Repetimos con franqueza y sinceridad que hemos acometido una empresa superior á nuestras fuerzas; pero téngasenos en algo la buena voluntad, y lo vasto y árduo de la misma empresa; tal como salga la obra creemos que proporcionará mucha utilidad sobre las anteriores, lo que será siempre una ventaja y progreso; y hasta de nuestros mismos errores ó defectos podrán otros tomar ocasion para evitarlos, y perfeccionarla en lo sucesivo.

PARTE CIVIL.

LIBRO I.

De las personas.

TITULO PRIMERO.

De las leyes.

1 La potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el Rey. (Artíc. 12 de la Const.)

2 La declaracion é interpretacion de las leyes, cuando parezcan dudosas ó contrarias, corresponde al poder legislativo. (Ley 3, tít. 2, libro 3 de la Novís. Recop., y ley 14, tít. 1, Part. 1.)

3 Al mismo corresponde tambien la facultad de dispensar. (Ley 9, tít. 2, lib. 3 Novís. Recop.) Pero el Rey puede, por motivos razonables debidamente justificados, resolver y dispensar en todas las instancias sobre emancipaciones; legitimaciones de los hijos naturales, segun los define la ley recopilada; dispensa de edad para administrar sus bienes, y de ley para que las viudas que pasan á segundas nupcias conserven la tutela; dispensas de ecsámen á los abogados para revalidarse de escribanos; suplemento de falta de confirmacion de privilegios; dispensa de formalidades en los oficios renunciables; facultad de nombrar teniente á los propietarios de oficios públicos enagenados; para ecsaminarse en lugar distinto del designado por ley ú ordenanza; para que los clérigos puedan abogar en lo civil; y finalmente, toda dispensa que altere las condiciones reglamentarias de los citados oficios.

No puede el Rey conceder dispensa de edad para ejercer oficios de escribano, procurador, médico, cirujano y otros de esta clase, ni la de los cursos académicos y años de práctica; ni á los que obtengan cualquiera de las gracias mencionadas, del pago de los derechos señalados en los aránceles ó tarifas vigentes, sin el concurso de las Córtes. (Decreto de 14 de Abril de 1838.)

4 Para que las leyes obliguen y sean ejecutadas, debe preceder su promulgacion. (Ley 12, tít. 2, lib. 3, Novís. Recop.)

5 Tanto las leyes como las disposiciones generales del Gobierno, obligan para cada capital de provincia desde su publicacion oficial en ella, y desde cuatro dias despues para los pueblos de la misma provincia. (Ley de Córtes de 3 de Noviembre, y real decreto de 28 del mismo mes de 1837.)

De consiguiente no pueden obligar desde su insercion en la Gaceta como está mandado en varias reales órdenes, por ejemplo la del 22 de Setiembre de 1836; pero es el caso que se halla repetido en otra de 4 de Mayo de 1838. Podrá decirse que hablan con las autoridades para que no se escusen de cumplirlas á pretesto de no haberles sido comunicadas por su respectivo ministerio; pero esto no puede satisfacer, porque el decreto de Córtes habla tambien de las disposiciones generales del gobierno, y la real órden citada quiere que sean obli-

gatorias para toda clase de personas en la Península é Islas adyacentes desde el momento de su publicacion en la Gaceta, es decir, antes que se sepan ni puedan saberse en muchísimos puntos.

6 Las leyes no derogadas por otras posteriores deben ser observadas literalmente, y no se admite la escusa de que no están en uso. (Ley 11, tít. 3, lib. 3, Novís Recop.)

7 La ignorancia de las leyes no escusa de la pena. (Ley 20, tít, 1, Part. 7.) Sin embargo, en materia civil y para el efecto de evitarsu daño, escusa á los militares en servicio activo, á los aldeanos ó labradores simples, á los menores de veinte y cinco años, y á las mugeres (leyes 29 y 31, tít. 14, Part. 5; ley 6, tít. 14, Part. 3; ley 21, tít. 1, Part. 1.) En estas leyes se advierte notable variedad, por no decir contradiccion: las 29 y 31 hablan del menor de veinte y cinco años; la 6 del menor de catorce; la 21 no hace mencion de los menores. En cuanto á caballeros ó militares, todas ecsigen que esten con caballo y armas en servicio del Rey ó de la tierra; pero la 21 contiene la particularidad de que hayan de estar en guerra.

8 Las leyes no tienen efecto retroactivo, y solo rigen para los casos ó negocios posteriores (ley 15, tít. 14, Part. 3); pero en lo civil regirán tambien para los anteriores, cuando asi se determine espresamente: de esto tenemos varios ejemplos, sobre todo en materia de censos, como puede verse en la nota primera y leyes 8 y 9, tít. 15, lib. 10, Novís. Recop.

9 Por lo que hace á lo criminal, ningun español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que ellas prescriban. (Art. 9 de la Constitucion.) Segun esto, la competencia del juez, la pena del delito y la forma del proceso ó enjuiciamiento se han de arreglar por las leyes que estaban vigentes cuando se cometió el delito. Notable y sábia innovacion por cierto, pues que el órden del juicio es la principal garantía del acusado; antes no se practicaba asi, como puede verse en la ley de 17 de Abril de 1821 y su aclaracion de 2 de Mayo de 1822, restablecidas por real decreto de 30 de Agosto de 1836.

10 En los contratos se ha de juzgar por las leyes de la tierra en que fueron celebrados; en los bienes, muebles ó inmuebles, por las del lugar donde están. (Ley 6, tít. 4, Part. 3 y la glosa de Lopez, ley 15, tít. 14 de la misma.)

11. Aunque esta ley 15 habla de estranjeros que litigaren en nuestros tribunales, parece obrar la misma razon y que debe ser igual la decision respecto de los naturales. Esplanando esta materia dicen los autores, que el juez no debe seguir otras leyes que las de su fuero en cuanto á la forma y ordenacion del juicio, pero que en la decision ó fallo del pleito, si se disputa sobre las solemnidades del contrato, testamento ú otro cualquier negocio, lo debe declarar válido y solemne cuando lo encuentre revestido de las solemnidades prescritas en las leyes de la tierra donde se celebró ú otorgó, aunque las leyes del lugar del juicio las requieran mayores; y que tratándose de derechos de sucesion deberá el juez seguir las leyes del lugar donde se encuentran las cosas. Nosotros tenemos por buena esta doctrina, con tal que se limite á los bienes raices.

12 Carecemos de ley espresa acerca de si las leyes españolas concernientes al estado y capacidad de las personas regirán respecto de los españoles residentes en el estranjero; pero nos parece indudable la afirmativa. Un hijo de familias, por ejemplo, no podrá eludir nuestras leyes relativas á la necesidad del consentimiento paterno en materia de matrimonio, por ir á contraerlo en otro pais donde no la haya; el español incapaz de testar aquí por nuestras leyes, tampoco podrá hacerlo en el estranjero.

13 Los pleitos y causas, asi civiles como criminales, se han de decidir y determinar del modo siguiente:

1.° Por las leyes recopiladas y posteriores, á pesar de que se diga y alegue que no son usadas ni guardadas.

2.° Por las de los Fueros, asi del Fuero de las Leyes, como las de los Fueros municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuvieren, en lo que son ó fueren usados y guardados en dichos lugares.

3.° Por las de las Siete Partidas, aunque no sean usadas ni guardadas. (Ley 3, tít. 2, lib. 3, Novís. Recop.)

14 Por real cédula espedida en 15 de Julio de 1788 á la chancillería de Granada, se mandó que para la decision de cierto pleito se arreglára á la ley 12, tít. 2, lib. 4 del Fuero Juzgo, como no derogada por otra alguna; declarándose con esto, que tanto aquel Fuero como los otros mencionados en la cédula, debian regir en lo que no estuviesen derogados. Pero acatando la autoridad del Consejo y la fuerza de la cédula (aunque no la hallamos incorporada en la Novísima Recopilacion) nos atrevemos á decir que las razones ó consideraciones de la chancillería en su consulta nos parecen muy fundadas y conformes á la misma ley recopilada, en la que se hace únicamente espresion del Fuero de las Leyes y de los municipales; entre los que no puede sin violencia comprenderse al Fuero Juzgo, que fué general y único por mucho tiempo.

15 Las leyes se dan para los casos y cosas que acontecen con frecuencia, pues las que raramente acaecen pueden ser juzgadas por las leyes hechas para otros casos parecidos. (Regla 36, Part. 7.)

16 Opinan algunos que el juez no puede escusarse de juzgar y sentenciar á pretesto del silencio, oscuridad é insuficiencia de la ley, y que si tal hace será culpable de denegacion de justicia. Semejante opinion tiene cierto gustillo de estranjería, y ha podido ser tomada del código francés; pero no está en armonía ni con nuestras leyes, ni con la práctica de los tribunales, como se ve por las citadas en el núm. 2, por la 11, tít. 22, Part. 3, por el art. 86 del reglamento provisional para la administracion de justicia, y por el ejemplar de la cédula arriba mencionada, al que pudieran agregarse otros muchos y muy recientes de varias audiencias, inclusa la de Madrid: mas para hacer tales consultas, se procede siempre con la circunspeccion y parsimonia que convienen al decoro de la corporacion consultante, al respeto del superior á quien se consulta, al servicio público, y al de las partes, interesadas en que se les administre pronta y rectamente la justicia.

17. No son para pasadas en silencio las sábias mácsimas de nuestras Leyes de Partida en esta materia. Las leyes deben ser justas y claras (ley 8, tít. 1, Part. 1); deben ser hechas sin ruido ni otra cosa que

embargue al legislador (ley 9); no deben ser deshechas sino por causas razonables y con maduro ecsámen «*porque el facer es muy grave cosa y el desfacer muy ligera,*» (ley 18) «*en las cosas que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pro de ellas, ante que se parta de las otras que fueron antiguamente tenidas por buenas é por derechas*» (Regla 37, tít. 34, Part. 7.)

18 El Rey, único legislador segun la ley 12, tít. 1, Part. 1, no estaba sujeto á las leyes sino por decoro y conveniencia, ó como suele decirse en cuanto á la fuerza directiva, mas no en cuanto á la coactiva. (Ley 15 del mismo tít.; ley 14, tít. 5, Part. 2; ley 1, tít. 32, Part. 7 y su glosa 6, en las que tambien se encuentran mácsimas hermosas.) Pero hoy dia no puede ya ser esto objeto de duda y controversia.

TITULO II.

Del estado de los hombres.

19 En el Derecho por la palabra *hombre*, usada generalmente, se entiende tambien la muger, á no ser que se esprese lo contrario. (Ley 6, tít. 33, Part. 7.)

20 El estado de los hombres es una condicion ó calidad, segun la que son diversos los derechos que les corresponden. (Ley 1, tít. 23, Part. 2.) Y como esta calidad puede proceder de la misma naturaleza, ó de las leyes, el estado de los hombres se divide en *natural* y *civil.*

SECCION PRIMERA.

De la division de los hombres segun el estado natural.

21 Segun el estado natural se dividen los hombres en nacidos y no nacidos ó que todavia están en el vientre de su madre; en varones y hembras; en mayores y menores de edad; en jóvenes y viejos.

22 Los *no nacidos*, siempre que se trata de su derecho ó comodidad, se tienen por nacidos, con tal que despues nazcan; y en este caso se llaman *póstumos*. (Leyes 3, tit. 23, Part. 4; y 8, tit. 33, Part. 7.) Por esto es que puede dárseles tutor (ley 3, tit. 16, Part. 6); que muriendo uno intestado y dejando su muger preñada no pueden entrar en la herencia del difunto sus hermanos ni otros parientes, sino que deben aguardar á que la muger libre (ley 16, tit. 6, Part. 6), practicándose entre tanto las diligencias prevenidas en la siguiente ley 17; que la muger, probando sumariamente haberlo sido legítima del difunto, y que quedó en cinta, aunque las pruebas sean dudosas, debe ser puesta por el juez en posesion de los bienes que pide en nombre de la criatura de que está en cinta, y puede vivir y mantenerse en ellos (ley 7, tit. 22, Par. 3); por lo mismo debe diferirse el suplicio de la muger preñada hasta despues de haber librado. (Ley 2, tit. 30, Part. 7.) Esta ley habla de la tortura, que ya está abolida; pero la razon es todavia mayor en el suplicio y así se practica.

23 *Nacidos* son los que salieron ó fueron sacados vivos del vientre de su madre, aunque tengan miembros multiplicados ó menguados como una ó tres manos ó pies. Pero todavía se reputan en Derecho por no-nacidos:

1.° Los que nacen sin figura de hombre, como si tuviesen cabeza ú otros miembros de bestia. (Ley 5, tit. 22, Part. 4.)

2.° Los que no reunan simultáneamente las circunstancia de haber nacido enteramente vivos, haber vivido al menos veinte y cua-

tro horas naturales, y sido bautizados; y aun la reunion de todas estas circunstancias no bastará, si nacieron en tiempo que no podian vivir naturalmente. (Ley 2, tit. 5, lib. 10, Novís. Recop.) Este tiempo segun la ley 4, tit. 23, Part. 4, es el de siete meses, bastando que la criatura haya entrado por un solo dia en el séptimo mes para ser tenida por cumplida y vividera: la circunstancia del bautismo se llena cuando la comadre ú otro les echa agua de socorro.

SECCION II.

De la division en varones y hembras.

24 Aunque segun el número 19 los varones y hembras tienen, generalmente hablando, los mismos derechos y obligaciones, todavia, como las leyes suelen atemperarse á lo que de ordinario acontece, y lo ordinario sea que los varones aventajen á las hembras en prudencia y fortaleza, háse recibido como acsioma: *en lo tocante á la dignidad los varones son de mejor condicion que las hembras, y estas lo son respecto de aquellas cosas en que puede escusar la debilidad del secso.*

25 De aqui es que las hembras están escluidas de los cargos y oficios públicos, como la judicatura y abogacía. (Leyes 4, tit. 4 y 3, tit. 6, Part. 3.) La escepcion que hace la ley 4 en favor de la reina, condesa ú otra dueña que heredase señorío, no puede tener lugar hoy que ni los Reyes juzgan, ni se conoce jurisdiccion patrimonial. La razon de la prohibicion en ambas leyes es el decoro del secso, *porque non seria cosa guisada nin honesta que la muger estuviese entre la muchedumbre de los homes librando los pleitos; que tomase oficio de varon, estando públicamente con los omes para razonar por otri.*

Tampoco pueden ser procuradoras ó personeras fuera de ciertos casos espresados en la ley 5, tit. 5, Part. 3, que ya no pueden tener lugar, habiendo procuradores de número en todos los tribunales: ni fiadoras (ley 2, tit. 12, Part. 5), aunque con las limitaciones que se espresarán en su lugar, y vienen á hacer ilusoria la prohibicion: ni tutoras (ley 4, tit. 16, Part. 6), esceptuando á la madre y abuela; ni testigos en los testamentos (ley 9, tit. 1, Part. 6): ni tienen patria potestad. (Ley 1, tit. 17, Part. 4.)

Pero las escusa la ignorancia de derecho segun se dijo en el número 7, y en lo criminal suele mitigárseles la pena cuando aparece que la debilidad del secso fué la causa de la perpetracion del crímen.

SECCION III.

De los mayores y menores de edad.

26 Llámase *menor* todo aquel que no ha cumplido los veinte y cinco años, aunque le falte poco para ello (ley 2, tit. 19, Part. 6); salvas las modificaciones contenidas en la ley 18, tit. 2, lib. 10, Novísima Recop., para que los hijos de familia puedan contraer matrimonio, como se dirá mas adelante.

27 Entre los menores se llama *infantes* á los que no han cumplido siete años, los cuales nada pueden hacer ni aun con la autoridad ú otorgamiento de su tutor; pasada aquella edad, pueden mejorar, pero no empeorar su condicion sin aquel requisito. (Leyes 1, tit. 7, Part. 2; 4, tit. 16, Part. 4; 4, tit. 15, Part. 5; 17, tit. 16, Part. 6.)

28 A los diez años varones y hembras indistintamente son reputados capaces de delito, y por consiguiente de penas. (Ley 9, tit. 1; ley 3, tit. 8; ley 8, tit. 31, Part 7.) Pero no debe imponérseles la ordinaria del delito, sino otra mucho mas leve (ley 9, tit. 1, Part. 7); y en los delitos de carne ó lujuria no puede ser acusado el mozo menor de catorce años ni la moza menor de doce. (Leyes 21, tit. 1, Part. 1; 9, tit. 1; 2, tit. 21, Part. 7.)

29 La pubertad comienza para las hembras á los doce años cumplidos y para los varones á los catorce; desde dicha edad salen respectivamente de la tutela, pueden testar y casarse. (Ley. 6, tit. 1.° Part. 4, leyes 1 y 21, tit. 16, Part. 6, y 13, tit. 1, Part. 6.)

30 Hasta los diez y siete años cumplidos debe menguarse la pena, y de consiguiente no deberá imponerse la capital. (Ley 8, tit. 31, Part. 7, ley 3, tit. 14, lib. 12, Novís. Recop.)

31 Finalmente, á todos los menores de veinte y cinco años compete el beneficio de restitucion por entero, del que, y de todo lo demas aquí ligeramente indicado, se hablará, con mas estension, en sus respectivos lugares.

32 Se vé pues que nuestras leyes, sin adoptar enteramente las palabras de las romanas, han adoptado sin embargo sus disposiciones y efectos en cuanto á la infancia y pubertad: mas no así en cuanto al período intermedio. Los romanos lo dividian en dos partes respectivamente iguales, llamando á la primera prócsima á la infancia, y á la segunda prócsima á la pubertad. Así la hembra era prócsima á la pubertad á los nueve años y medio, y el varon á los diez y medio, porque el periodo medio es para las primeras de cinco años y para los segundos de siete. Nuestras leyes no han seguido esta division, y fijan indistintamente para los dos secsos la edad de diez años y medio.

33 Pueden tambien dividirse los mayores de edad en *jóvenes* y *viejos*; entiéndese comunmente por viejos en Derecho, los que han cumplido setenta años. (Ley 35, tít. 16, y 22, tít. 11, Part. 3; ley 2, tít. 17, Part. 6.) A esta edad quedan escusados de la tutela, y de ir á jurar ó atestiguar ante el juez, quien deberá ir á casa de ellos, (las mismas Leyes) y han de ser castigados con menos dureza, (ley 8, tít. 31, Part. 7.)

SECCION IV.

De la division de los hombres segun su estado civil.

34 Divídense los hombres segun su estado civil en españoles ó naturales y estranjeros; en vecinos y no vecinos; en padres é hijos de familias.

SECCION V.

De los españoles y estranjeros.

35 Son *españoles*:

1.° Todas las personas nacidas en los dominios de España.

2.° Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.

3.° Los estranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.

4.° Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país estranjero, y por admitir empleo de otro gobierno sin licencia del Rey. (Art. 1.° de la Constitucion.)

36 No se espresa en la Constitucion quién sea el que puede dar cartas de naturaleza. Si se considera á este acto como una dispensa de ley, parece que debe de corresponder á las Córtes, no estando comprendido en el decreto de 14 de Abril de 1838 (véase núm. 3.) En Navarra correspondia esclusivamente á las Córtes, y en ciertos casos, no estando aquellas reunidas, á su Diputacion, para fomento de la industria. (Leyes 1 y 2, tít. 8, lib. 1.° de la Recop. Navarra.) Sin embargo, el silencio mismo de la Constitucion inclina á creer que no se pensó en arrebatar á nuestros Reyes el ejercicio de esta parte de su prerogativa, que les habian reconocido nuestras antiguas Córtes, siendo una y muchas veces objeto de las mas vivas reclamaciones, únicamente en cuanto á dignidades y beneficios eclesiásticos. Consiguióse por fin que se prometiera no darlas, salvo por grandes servicios, y á pedimento de los Procuradores de Córtes, (ley 2, tít. 14, lib. 1.° Novís. Recop). Pero las siguientes hacen ver que no siempre fue cumplida esta promesa ú obligacion. El triste estado actual de nuestro clero aleja todo temor de que sean solicitadas cartas de naturaleza para la obtencion de beneficios eclesiásticos; y no se descubre inconveniente en que el Rey pueda darlas para los demas efectos, cuando ni antes ni ahora se ha considerado esta calidad como necesaria para el mando de la fuerza armada, que seguramente es de mayor valer y trascendencia que el ejercicio de las artes liberales y oficios mecánicos.

37 Se vé pues que los estranjeros naturalizados ó avecindados son habidos por españoles; y de consiguiente gozarán de todos los derechos y tendrán las mismas obligaciones que si lo fueran por nacimiento, á pesar de la escepcion hecha en la ley 1, tít. 11, lib. 6 Novísima Recopilacion.

38 Todos los españoles son admisibles á los empleos y cargos públicos, segun su mérito y capacidad; todos están obligados á defender la pátria con las armas, y á contribuir para los gastos del Estado en proporcion á sus haberes. (Art. 5 y 6 de la Constitucion.)

39 Los *estranjeros* transeuntes, á la prohibicion indicada de obtener beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, añaden la de ser jueces, alcaldes, regidores, ni tener otro cargo alguno de gobierno, ni

carnicerías, ni panaderías, ni pescaderías (ley 2, tít. 4, y la 2, tít. 5, lib. 7, Novís. Recop.); ni pueden ejercer las artes liberales, ni oficios mecánicos; y por consecuencia no pueden ser mercaderes de vara ni vendedores por menor de cosa alguna, sastres, modistas, peluqueros, zapateros ni médicos, cirujanos, arquitectos, etc., sin espreso Real permiso, ni criados y dependientes de súbditos españoles en estos dominios. (Leyes 8 y 9, tít. 9, lib. 6, Novís. Recop.) Por la ley segunda, tít 3, lib. 9, Novís. Recop. se les prohibe ser cambiadores de moneda, estendiéndose la prohibicion aun á los que tengan carta de naturaleza; pero esta segunda parte no deberá subsistir despues de publicada la Constitucion. El señor Elizondo en su tomo tercero, página 152 y siguientes, inserta una resolucion del Consejo de Castilla y auto de la Chancillería de Granada, que inclina á creér, que cuando algun estranjero se casa con española, puede obligarle la justicia que ha declarado irracional el disenso de los padres ó parientes de ella, á otorgar obligacion en toda forma y bajo la competente fianza, de no estraer del Reino los caudales y hacienda de su consorte.

40 En punto á contribuciones nos limitarémos á insertar literalmente la real órden de 7 de Enero de 1838, y es como sigue: «En vista de las reiteradas reclamaciones y protestas de los señores representantes de las córtes de Inglaterra y Francia contra la inclusion de los súbditos franceses é ingleses en contribuciones que no sean de las ordinarias, y señaladamente en el repartimiento de la anticipacion de doscientos millones y de la contribucion estraordinaria de guerra, alegando para ello el tenor de antiguos tratados á que se refieren otros posteriores; y teniendo tambien presente lo prevenido en las reales órdenes de 29 de Setiembre y 7 de Noviembre de 1836, se ha servido S. M., despues de haber oido al Consejo de Ministros, y conformándose con su dictámen, resolver se suspenda la ecsaccion de las cuotas asignadas á los súbditos ingleses y franceses establecidos en España, para la anticipacion de doscientos millones y contribucion estraordinaria de guerra, hasta que el Gobierno de S. M. se ponga de acuerdo con los de Francia é Inglaterra, sobre la verdadera inteligencia del artículo 9.° del tratado de comercio de 1667, y del 6.° del convenio de 1750, á los cuales se refieren otros tratados posteriores, consultando sobre ello á las Córtes, si fuese necesario; pero no tendrá lugar la suspension en la parte de dichas cuotas, ó en el repartimiento que recaiga solamente sobre la propiedad territorial de los espresados súbditos franceses é ingleses en España, por ser cargas inherentes al suelo, cualquiera que sea su poseedor, y se observarán para este repartimiento sobre la propiedad territorial de los súbditos ingleses y franceses la misma proporcion y reglas establecidas respecto á los súbditos de S. M., conforme á lo estipulado espresamente por el art. 6.° del convenio de 1750 ya citado»

Hay tambien una real órden de 11 de Junio de 1837, mandando que los súbditos portugueses residentes en España no sean comprendidos en el servicio de nuestro ejército y milicia nacional; y otra de 15 del mismo mes para que los caballos de los súbditos franceses no sean comprendidos en la requisicion; ambas á dos se refieren á tratados anteriores.

41 De donde se infiere que éste y todos los demas puntos concernientes á los estranjeros transeuntes, dependen en su mayor parte de los tratados y alianzas con los Gobiernos á que pertenecen; y por de contado los dichos estranjeros están ecsentos de oficios concejiles, depositarías, receptorías, tutelas, curadurías, custodia de panes, viñas, montes, huéspedes, leva, milicias y otras de igual calidad; en una palabra, de todas las cargas, pechos ó servicios personales, aunque no de la contribucion de alcabalas y cientos. (Ley 3, tit. 11, lib. 6, Novísima Recop.)

42 En cuanto á la sujecion de los estranjeros á las leyes del reino se vé por la real órden citada en el núm. 39, que lo están respecto de los bienes y muebles que aqui poseen, porque es de derecho público universal que los tales bienes son regidos por las leyes del pais donde radican. La soberanía es indivisible, y dejaría de serlo desde que algunas porciones de un mismo territorio fuesen regidas por leyes que emanáran de otro soberano.

43 Tambien están sujetos los estranjeros á las leyes de policía y seguridad. (Nota 12 de la ley. 9, tit. 11, lib. 6, Novís. Recop.) Todo Estado tiene el derecho de velar y proveer á su conservacion; en este derecho reside la soberanía, que no puede ser limitada ni en cuanto á cosas ni en cuanto á personas; y mal podría el Estado llenar el fin y deber de su conservacion encerrando en su seno hombres independientes de su poder, ora nacionales, ora estranjeros. Estos por otra parte deben respetar la ley que les proteje, y agradecer la hospitalidad que encuentran.

44 No lo están menos á las de comercio, fraude y contrabando, pues como se dice en la real cédula de 17 de Diciembre de 1760, *siendo admitidos á comercio y tratados como mis súbditos, no pueden tener fundada queja de que no les favorezco.* En los reconocimientos de las habitaciones de estranjeros concurrirá el Cónsul de su nacion, si lo hubiere en el mismo pueblo, para lo cual se le dará aviso en el acto de irlo á practicar; y de no prestarse á verificarlo sin dilacion, se hará asi constar por diligencia ante escribano y testigos, y se procederá al reconocimiento.

En los pueblos donde no haya agente consular del pais á que pertenezca el estranjero contra quien se dirige el reconocimiento, se procederá como con los demas habitantes. (Art. 112 de la ley penal de 3 de Mayo de 1830.)

45 Como se advirtiera que muchos ó los mas de ellos querian usar y usaban promiscuamente de los privilegios de transeuntes y de avecindados, se mandó hacer matrícula de todos ellos, la que debe rectificarse en los dos primeros meses de cada año. Los estranjeros una vez matriculados tienen que declarar si quieren permanecer ó no como avecindados y súbditos españoles: en el primer caso, prestarán el juramento de fidelidad al Rey y sujecion á las leyes, renunciando el fuero de estranjería, y á la proteccion de su pais, de su embajador, ministro ó cónsules; en el segundo, es decir, queriendo permanecer como transeuntes, se les notificarán todas las prohibiciones ó incapacidades á que quedan sujetos bajo aquel concepto. (Leyes 8, 9 y 10, tit. 11, lib. 6, Novís Recop.)

SECCION VI.

De los vecinos ó domiciliados, y de los transeuntes.

46 Entiéndese por domicilio el lugar en que uno habita con hogar y casa abierta como asiento suyo, de su familia y fortuna, con ánimo de no abandonarlo; por manera que para constituir ó adquirir domicilio, es necesaria la voluntad ó ánimo de quererse arraigar y avecindar en el lugar á donde trata uno de trasladarse con sus bienes para tener allí perpetuamente su morada, y ademas el hecho con que realmente se ponga dicha voluntad en ejecucion.

47 Todos los que hayan fijado su residencia en los términos referidos, son domiciliados en todo rigor y propiedad en la poblacion, sin que sea necesario el trascurso de diez años, que solo servirá para hacer presumir y reputar probado el ánimo de domiciliarse; asi se deduce entre otras de la ley 7, tít. 14, lib. 1; ley 6, tit. 4, lib. 7 Novísima Recop.; ley 2, tit. 24, Part. 4. Los empleados tienen su domicilio y vecindad en el pueblo donde ejercen sus empleos.

48 A los vecinos, solos con esclusion de los transeuntes, corresponde lo honorífico y provechoso de los derechos de vecindad, con los cargos de república, aprovechamiento de pastos, etc.; y por la misma razon ellos solos deben soportar las cargas vecinales (1).

SECCION VII.

De los padres é hijos de familias.

49 Entiéndese en derecho por *padre de familias* el que de cualquier modo ha salido de la pátria potestad, aunque no tenga hijos; y aun cuando tenga tutor y curador; *hijo de familias* por el contrario, es el que está bajo la potestad paterna.

---

(1) Se han omitido las divisiones de los hombres en libres y esclavos, en nobles y plebeyos, en eclesiásticos ó clérigos y legos: los motivos de esta omision ó silencio son los siguientes. La esclavitud ha desaparecido en la Europa civilizada, y los pocos restos que todavía quedan en las colonias, desaparecerán muy pronto por la abolicion del infame tráfico de negros. No habia pues motivo ó razon plausible para entrar en una materia casi inútil y deshonrosa para la humanidad; con lo que damos bastante á entender que la descartaremos enteramente de toda la obra. Casi tan inútil nos parece en el dia la division de nobles y plebeyos; porque, ¿donde está la nobleza, abolidos los privilegios y mayorazgos? Desde 1835 se habian apresurado los Ministerios á desterrar las pruebas de nobleza y aun las de limpieza de sangre para la entrada en los colegios y otros establecimientos donde antes era necesaria, como se vé por las reales órdenes de 31 de Enero y 11 de Diciembre de 1835; lo mismo se estableció para el ejército y marina, por los decretos de 21 y 28 de Setiembre de 1836; y por fin, la Constitucion ha proclamado la igualdad de todos los españoles para contribuir á los gastos del Estado, y para la admision á los empleos y cargos públicos, segun su mérito y capacidad. De hecho, pues, y en el sentido propio de la palabra, no ecsiste ya la nobleza; ecsisten solo nombres pomposos y vacios, de los que la abolicion de mayorazgos reducirá unos mas ó menos tarde á la oscuridad, y relegará otros á la historia de nuestras antiguas glorias. Siendo esta la legislacion vigente, puede afirmarse sin

FORMULARIO.

Espediente sobre dispensas de ley ó gracias al sacar.

50 Sobre las dispensas para el recibimiento de abogados se circuló en 26 de Enero de 1837 por el ministerio de Gracia y Justicia la real órden siguiente. «Asi como deben instruirse en el ministerio de la Gobernacion de la Península las instancias que conciernen al régimen universitario y obtencion de grados académicos, toca á este de mi cargo la instruccion de los que tienen por objeto la dispensa de alguna de las condiciones requeridas para el recibimiento de abogados; por lo cual S. M. la Reina Gobernadora se ha servido resolver que las Audiencias no procedan á dicho recibimiento cuando ha habido alguna dispensa de aquella clase, sino se hace constar que ha sido concedida por las Córtes, que se ha presentado en esta Secretaría del Despacho, y que por real órden espedida de la misma se ha despachado la correspondiente cédula, despues de haber satisfecho la cuota señalada en el arancel de gracias al sacar.»

51 Esta real órden regía en las audiencias, y de ella se ponia copia testimoniada en todos los espedientes de recibimiento antes de pasarlos al señor semanero; pero en 31 de Mayo del mismo año se espidió por el ministerio de la Gobernacion la siguiente:

«Escmo. Señor: Conviniendo queden de una vez deslindadas las atribuciones de los ministerios de Gracia y Justicia y de la Gobernacion en materias de dispensas para obtener el título de abogado, S. M. la Reina Gobernadora, conformándose con lo que le han propuesto ámbos de comun acuerdo, se ha servido resolver, que en atencion á lo dispuesto en el arreglo provisional de estudios, los espedientes relativos á dispensas solicitadas por los que están actualmente cursando leyes, ó por los que en adelante se matriculen para estudiarlas, deben instruirse por la Secretaría del Despacho de la Gobernacion, ya se trate de la jurisprudencia teórica, ya de la práctica; quedando reservados á la de Gracia y Justicia los asun-

---

temeridad, que está abolida aun la triste distincion entre garrote ordinario y noble establecida por real decreto de 28 de Abril de 1832. Pero séanos permitido espresar nuestra admiracion y estrañeza sobre dos cosas, que á nuestro parecer no estan en armonía ni guardan consecuencia con el sistema ó principios que se proclaman, y una de ellas ni con la Constitucion política. Si todos los españoles son igualmente admisibles á los empleos y cargos segun su mérito y capacidad, es claro que ha cesado todo privilegio ó calidad de nacimiento. ¿Cómo es pues que para la entrada en el antiguo Consejo, hoy tribunal especial de Ordenes, y en general para vestir un hábito militar, se hacen las mismas pruebas que se hacian ahora dos y tres siglos? Si ha desaparecido la nobleza, ¿cómo en el triunfo mismo de los principios democráticos, y en los Ministerios mas avanzados ó progresistas, habemos visto la creacion de nuevos títulos de condes y condesas? Por iguales razones omitimos la division de eclesiásticos ó clérigos y legos: nada ha quedado al clero de su antiguo poderío, inmunidades y riquezas. Objeto antes de rivalidad y envidia por parte de los legos, hoy lo es mas bien de una respetuosa compasion para todo el que tenga entrañas de carne y creencias religiosas: le queda tan solo y temporalmente el privilegio del fuero; pero esto no basta para hacer una nueva division de personas, ó habria de hacerse tambien con los militares, que han conservado igualmente el suyo.

tos relativos á dispensas de práctica, respecto de aquellos estudiantes que segun el plan de 1824 salieron de las universidades despues de haber cursado en ellas el quinto año de leyes, y están siguiendo dicha práctica en académias, ó en el estudio particular de un abogado.»

De consiguiente la materia de dispensas en esta parte correrá por el ministerio de la Gobernacion, porque apenas se dará ya un caso de los reservados al de Gracia y Justicia; pero es muy estraño y digno de tenerse presente que por este último no se ha comunicado á las audiencias la tal real órden, á pesar de la conformidad en ella espresada.

52 *Ministerio de Gracia y Justicia.*=La ley de 14 de este mes confiere al Gobierno la facultad de conceder las dispensas de ley y gracias llamadas al sacar, señaladas en su artículo primero. Mas para concederla es necesario que haya motivos justos y razonables debidamente acreditados; y con el fin de que esta justificacion se verifique del modo mas seguro y menos dilatorio y dispendioso, se ha servido S. M. disponer que se observen las reglas siguientes: 1.ª Los que soliciten alguna de dichas gracias ó dispensas acudirán directamente á la audiencia territorial respectiva, presentando en ella la solicitud para S. M. y los documentos en que la funden: 2.ª Las instancias que se presenten directamente al Gobierno se dirigirán por la Secretaría de Gracia y Justicia, bajo simple cubierta, á las audiencias correspondientes: las instancias que sean contrarias á la citada ley quedarán sin curso: 3.ª Las audiencias dirigirán las solicitudes comprendidas en el artículo primero de la misma ley al juez de primera instancia competente, el cual abrirá un espediente informativo, oirá por via de instruccion sin figura de juicio á las personas ó corporaciones que pueden tener interés en el asunto, admitirán las justificaciones que los interesados ofrecieren, las recibirán en su caso de oficio, y devolverá á la audiencia el espediente original con su informe: 4.ª La audiencia, oyendo al fiscal, ecsaminará si el espediente se halla debidamente instruido; no estándolo ampliará convenientemente la instruccion, y cuando esta se halle completa, elevará igualmente original el espediente al Gobierno con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrezca y parezca.

De real órden comunicada por el señor ministro de Gracia y Justicia lo digo á V. S. para su inteligencia, la de ese tribunal y efectos consiguientes. Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 19 de Abril de 1838.=El subsecretario.=Señor....

53 Para que los espedientes informativos promovidos en solicitud de dispensa de la ley que ha dispuesto cesen en el cargo de tutoras y curadoras de sus hijos las mugeres que pasan á contraer nuevo matrimonio, presenten la uniformidad que facilita su despacho, y contengan todas las circunstancias que deben proporcionar el acierto dejando resguardados los intereses que aquella ley se propuso asegurar; y para que de este modo se eviten las dilaciones, repeticion de diligencias y dispendios que son consiguientes, se ha servido S. M. la Reina Gobernadora resolver que las Audiencias á quienes toca instruir dichos espedientes hagan constar en ellos: 1.º La conducta moral, capacidad, profesion ó condicion civil de la madre tutora ó curadora, y del sugeto con

quien se ha casado últimamente ó trata de casarse: 2.° La edad de estos mismos sugetos y la de los pupilos ó menores: 3.° El importe, clase y naturaleza de los bienes, así de estos como los de su madre y del su nuevo ó futuro cónyuge: 4.° El dictámen de la persona que á falta de la madre deberia entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á derecho á quien deberá oirse ofreciéndole al efecto el espediente, sin dar á éste el carácter contencioso bajo ninguna forma; y 5.° El juicio de la Audiencia acerca de la justicia y utilidad de la dispensa. Lo que de real órden participo á V. S. para los efectos consiguientes. Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 12 de Abril de 1839.»

Formulario de espediente para que una madre viuda pueda conservar la tutela de sus hijos de primer matrimonio, á pesar de contraer segundo.

54 *Esposicion á S. M.*=SEÑORA.=Doña Juana Fernandez, viuda de D. Francisco Perez, vecina de esta ciudad de V... á V. M. con todo el debido respeto espone: que al fallecimiento de su marido le quedaron en edad infantil dos niños llamados N. y N., segun resulta de las partidas de bautismo que se presentan en debida forma. La suplicante mereció al cariño y aprecio de su difunto esposo la honrosa confianza de que la nombrase tutora testamentaria de sus mencionados hijos, y ha desempeñado este encargo con toda la solicitud y ternura de una buena madre, dándoles la mas esmerada educacion, y cuidando diligentemente sus cortos bienes. Pero graves consideraciones la deciden por contraer segundo matrimonio con don N., de cuyas recomendables circunstancias se promete no solo su futura felicidad doméstica sino el mejor estar de los mismos pupilos. Tan cierto es esto último, Señora, como que doña N., abuela de los pupilos y que debe ser su tutora en el caso de realizarse el segundo matrimonio, ha manifestado su conformidad para que la suplicante continúe en la tutela. (*Se habla tambien de los cortos bienes de los pupilos; de los cuantiosos de la madre, caso de ser así; de la mala salud de alguno de los primeros; y que por lo tanto necesita de la cariñosa asistencia y cuidados de la madre; en fin, de todo lo que pueda hacer mas recomendable la solicitud y gracia, y se concluye.*) Por todo lo espuesto

A V. M. suplica que, prévios los conocimientos que se sirva tomar sobre la certeza de los estremos referidos, se sirva dispensar á la suplicante por gracia particular la facultad de que pueda continuar en la tutela y curaduría de sus hijos, bien por sí sola, ó juntamente con su futuro marido don N.: asi lo espera de la notoria bondad de V. M. y en ello recibirá merced. V... &c.=Señora.=J. F.

55 Con esta esposicion se acude á la audiencia presentando otra, poco mas ó menos en los términos siguientes.

Escmo. Sr.: Doña Juana Fernandez, viuda de don Francisco Perez, y vecina de esta ciudad, á V. E. con el debido respeto espone; que por real órden de 19 de Abril de 1838, se sirvió S. M. mandar que los que soliciten alguna dispensa de ley ó gracia de S. M. acudan directamente á la audiencia del territorio respectivo, presentando la solicitud para S. M. para que se pase á los jueces de primera instancia, los cuales abrirán un espediente informativo. La esponente se halla en el caso de solicitar

que S. M. se sirva concederle la gracia de continuar en la tutela y curaduría de sus hijos, aun cuando pase á segundo matrimonio; y cumpliendo con lo dispuesto en la insinuada Real órden, presenta la esposicion para S. M., y

Suplica á V. E. que, teniéndola por presentada, se sirva acordar pase al juez de primera instancia que el tribunal estime, para la instruccion del espediente informativo; asi lo espera de la justificacion de V. E. V. &c.=Escmo. señor.=J. F.

56 Dada cuenta en tribunal pleno, se manda remitir las dos esposiciones al juez de primera instancia, con la correspondiente carta órden para que proceda á lo que previene la regla tercera de la real órden de 19 de Abril de 1838, y que cumplido esto, se dé cuenta.

El juez manda poner el auto de cumplimiento y que se haga saber simplemente á la interesada, ó bien que desde luego presente testigos y dé las demas justificaciones que le convengan. Esta providencia se notifica á la parte, la cual presenta los testigos para que sean ecsaminados al tenor de la esposicion, ó de otros particulares que crea útiles, y en este caso los espresará en un escrito : puede tambien presentar instrumentos, ó ecshibirlos para que se saque testimonio de ellos y obren en el espediente. La informacion suele recibirse con citacion del promotor fiscal, á quien al efecto se notifica y deja copia del auto.

Recibida la informacion, manda el juez que se comunique al pariente ó parientes mas cercanos, (*en el caso propuesto sería la abuela de los pupilos*) para que en su vista espongan lo que se les ofrezca y parezca; con lo que dicen los parientes se manda comunicar al promotor; éste dá su dictámen, y recae el siguiente

Auto. «El espediente de su referencia remítase al tribunal pleno de esta audiencia territorial con el informe en los términos acordados. Lo mandó el señor don N., juez de este espediente en V. &c.»

57 Se remite el espediente con un oficio y el informe separado. En la audiencia se manda pasar al señor fiscal ; con el dictámen de éste vuelve á mandarse que se dé cuenta por relator; y dada que sea, recae el Auto: «Visto en Tribunal pleno, los señores del margen dijeron: infórmese á S. M. en los términos acordados, acompañando el espediente original; y lo rubricó el señor semanero.»

58 El espediente é informe se dirigen por conducto del señor regente al señor Secretario de Gracia y Justicia.

59 Este espediente puede servir de modelo para la instruccion de los demas sobre dispensas de ley ó gracias al sacar. Algunos jueces de primera instancia no oyen á los promotores; y aunque es cierto que no se manda esto en la regla tercera de la citada real órden de 19 de Abril de 1838, será siempre mas acertado que los oigan: 1.º porque en materia de dispensas de ley debe ser siempre oido el oficio ó ministerio público á quien incumbe celar y promover su observancía: y 2.º porque segun la misma real órden debe ser oido el señor fiscal en las audiencias, y esto debe bastar por un argumento de semejanza ó congruencia para que lo sean los promotores ante los jueces de primera instancia. Esta omision ha sido tal vez ocasion de que en algun caso se haya devuelto el espediente al juez por haber observado el señor fiscal que no habia recibido de oficio cierta justificacion necesaria á la

instruccion del espediente: si hubiera sido comunicado al promotor, es probable que éste habria advertido la omision y pedido que desde luego se subsanase, con ahorro de tiempo y de dispendios. Pero debe tenerse muy presente por los jueces, que si bien la real órden de 19 de Abril de 1838 da la forma y trámites para la instruccion de todos los espedientes sobre dispensas de ley ó gracias al sacar, la del 12 del mismo mes de 1839, que es mucho mas específica y circunstanciada, se contrae al caso en que la madre que ha pasado ó piensa pasar á segundo matrimonio, pide la continuacion de la tutela.

Espediente de legitimacion.

60 Don N., vecino de..., á V. M. con el mas profundo respeto espone: que habiendo tenido relaciones amorosas con doña F., hoy difunta, hubo en ella, siendo ambos solteros, una niña que fué bautizada en tantos de tal mes y año con tal nombre y el apellido del suplicante, como hija natural suya, segun consta por la partida de bautismo que se presenta, y ha sido dada por don M., cura párroco de la iglesia de... El que espone carece de hijos legítimos, como que no ha contraido ni piensa contraer matrimonio; y deseando que su mencionada hija goce de todos los honores y derechos de legítima por la legitimacion por el rescripto del Príncipe.

A V. M. suplica se sirva por un efecto de su Real bondad conceder á favor de doña N., hija natural del que espone, la espresada Real gracia, para que sea habida en todo y por todo como hija legítima, &c.

Pasada esta solicitud por la audiencia al juez de primera instancia, recayó el siguiente *Auto*: «Hágase saber á don N. que se ratifique en el contenido de la esposicion que con tal fecha elevó á S. M.; suministre la correspondiente informacion de testigos que acrediten los particulares espresados en la referida instancia; especifique las personas ó corporaciones que puedan tener interés, ó formar oposicion á la solicitud del rescripto de legitimacion de la doña N.: y para que produzca todos los efectos legales la certificacion, en que se inserta la partida de bautismo de la misma, hágase cotejo con los libros parroquiales, pasándose antes para que se exhiban el correspondiente oficio al cura párroco de... Lo mandó &c.»

En este espediente no oyó el juez al promotor de su juzgado, y en la audiencia se suscitaron tantas dificultades y se mandaron practicar tales diligencias, que el mismo interesado acudió á S. M. desistiendo de la solicitud, y pidiendo se mandase remitir al Ministerio el espediente en el estado que tenia, como en efecto se mandó.

61 Habemos creido útil y curioso insertar á continuacion las tarifas que con los números 1 y 2 acompañaron al Real decreto de 5 de Agosto de 1818. Cierto es que una gran parte de ellas es inaplicable en el dia porque no pueden ser ya objeto ni materia de dispensa muchos de los casos y cosas sobre que recaían: pero este mismo cotejo hará ver á un solo golpe de vista la inmensa distancia que separa lo presente del pasado. Por lo demas este arancel ó tarifas rigen hoy para los

casos de dispensa ó gracias al sacar, reservados todavía al Rey por la ley de 14 de Abril de 1838, y las Córtes no dejarán de tenerlas presentes cuando se acuda á ellas con solicitudes semejantes.

NUM. 1.°

62. Tarifa de los servicios con que se debe contribuir por las gracias al sacar y otras cualesquiera concedidas por la Cámara de Castilla, &c.

1.° La facultad para fundar mayorazgo servirá con ochocientos ducados de vellon, y en cuanto á las agregaciones servirá al respecto de doscientos ducados de vellon por año.

2.° Suplemento de edad para ser escribanos, procuradores, médicos, cirujanos, boticarios y otros de esta clase, servirá al respecto de doscientos ducados vellon por año.

3.° Suplemento de edad hasta los diez y ocho años para obtener oficios de regidores, ú otros cualesquiera de república, servirá en las ciudades y villas de voto en Córtes al respecto de cuatrocientos ducados vellon por año; en las que no lo son, trescientos; y en las villas y lugares de menor poblacion, doscientos.

4.° Suplemento de edad para acudir al Consejo un menor á obtener venia, para rejir y administrar sus bienes sin dependencia de tutor y curador: servirán indistintamente las personas particulares al respecto de ciento cincuenta ducados de vellon por año, de trescientos ducados los que obtengan renta propia hasta tres mil ducados ánuos, de cuatrocientos ducados los títulos de vizconde y de baron; de quinientos ducados los de Castilla, Navarra, Aragon, Valencia, Cataluña y Mallorca; y de mil ducados los grandes de España y honorarios.

5.° Suplemento de falta de confirmacion de privilegio por los señores Reyes, antecesores á comunidad, ó persona particular, servirá al respecto de doscientos ducados vellon por cada uno de los tres últimos reinados, siendo privilegio rodado y suelto; viniendo, aunque fueren mas bajo de un volúmen, segun se ha practicado.

6.° Dispensa de ley por falta de cumplimiento de cualesquiera de los requisitos precisos y descuidados en los oficios renunciables, seguirá la práctica de tasarse el oficio; siendo el heredero quien pida la dispensa, servirá con la tercera parte del valor principal del oficio; bien entendido que la concesion de él sea por solo su vida.

7.° La facultad perpétua de poder nombrar teniente en oficio, servirá con la mitad de su valor principal, esceptuando de esta imposicion á las mugeres y otras personas que no puedan servir por sí los oficios; siendo estensiva la misma modificacion á todos los casos de igual naturaleza.

8.° Suplemento en oficio renunciable de los requisitos que señala la ley para seguirle obteniendo la persona á cuyo favor se hubiere renunciado, segun su egresion de la Corona, servirá con la mitad de su valor principal.

9.° La licencia para firmar con estampilla servirán con trescientos ducados vellon las personas particulares; con cuatrocientos ducados los que obtengan renta propia ó de empleo hasta tres mil ducados; con

quinientos ducados los títulos de vizconde y baron, abades y otras dignidades regulares; con seiscientos ducados los títulos de Castilla, Navarra, Aragon, Valencia, Cataluña y Mallorca, y los muy reverendos arzobispos y reverendos obispos; y con mil ducados los grandes de España y honorarios.

10 Licencia para servir oficios de mayorazgos por los dias de la vida de sus poseedores, servirá en las ciudades y villas de voto en Córtes con cuatrocientos ducados; en las que no lo son, trescientos; y en las de menor poblacion, ciento y cincuenta.

11 Suplemento de ser hijo de padres no conocidos para servir oficios de escribanos y otros curiales en su clase, servirá con trescientos ducados.

12 Las ecsenciones de jurisdiccion ó privilegio de villazgo á lugares, bien realengos ó bien de señorío, servirán á razon de siete mil quinientos maravedís por cada uno de los vecinos que resulte tener el lugar, contados por calles y casa hita por reglas de factoría.

13 Licencia á una muger viuda para que sin embargo de pasar á nuevo matrimonio pueda continuar en la tutela de sus hijos ó hijo habidos en el anterior, servirán con cuatrocientos ducados de vellon; con quinientos las que obtengan rentas hasta tres mil ducados; con seiscientos los títulos de vizconde y baron; con setecientos los títulos de Castilla, Navarra, Aragon, Valencia, Cataluña y Mallorca, y con mil los Grandes de España y honorarios.

14 Las naturalezas ordinarias para solo honras y oficios, esceptuando lo que prohiben las condiciones de millones, servirán con cuatrocientos ducados.

15 La legitimacion á hijo ó hija que lo hubieron sus padres siendo solteros, para heredar y gozar, servirá con doscientos ducados de vellon cada hijo ó hija; pero si la legitimacion es solo para ejercer oficios de república, servirán indistintamente con ciento cincuenta ducados; ó si es para oficio determinado, como abogado, escribano, procurador ú otro de esta clase, servirán con cien ducados.

16 Licencia para poder ser regidor y escribano á un mismo tiempo, se servirá con seiscientos ducados.

17 Licencia á un regidor y sus sucesores en el oficio de que puedan elegir ó ser elegidos alcaldes el año que les toque por suerte, con tal que no tengan mas que un voto, servirá con trescientos ducados en las ciudades, villas y lugares de mayor poblacion; y en las demas servirá con ciento y cincuenta ducados.

18 Licencia para servir el oficio de regidor de un pueblo, sin embargo de serlo en otro, servirá con mil ducados en ciudades y villas de voto en Córtes; y las de mayor poblacion y menor, en los lugares, con quinientos.

19 La dispensa de comparecer en el Consejo á ecsaminarse de escribano, servirá con ciento y veinte y cinco ducados vellon, no siendo la distancia mas de cincuenta leguas desde la ciudad, villa ó lugar donde ha de ejercer el agraciado; pero pasando de esta distancia, con ciento cuarenta y cinco.

20 La dispensa de comparecer ante las Juntas superiores de Medicina, Cirujía y Farmacia, á ecsaminarse de médicos, cirujanos y boticarios, servirá con cien ducados.

21 La legitimacion estraordinaria para heredar y gozar de la nobleza de sus padres, á hijos de caballeros profesores de las Ordenes, servirá con mil ducados vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprendiendo la circunstancia de gozar la nobleza de sus padres, con treinta mil reales; entendiéndose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite.

22 Licencia á los provistos en empleos para jurar fuera de la corte, servirán con cien ducados vellon por la dispensa de que debiendo jurar en el Consejo pueda hacerlo en otro tribunal, ó en manos de persona constituida en dignidad, de cuya regla se esceptúa á los destinados en la carrera de varas y corregimientos.

23 Licencia á un receptor del número de la Córte ó de las chancillerías ó audiencias para regentar la notaría de los Reinos, y continuar ejerciendo de escribano real, aunque deje de ser receptor, y no haya servido los diez y seis años que previene la ley, servirá á razon de cincuenta ducados vellon por año de dispensa.

24 Licencia para poner cadenas á las puertas de la casa en que S. M. se hubiese hospedado ó alguna otra persona real, servirá con cuatrocientos ducados vellon.

25 Licencia á un clérigo para que sin embargo de su estado de sacerdote, siendo abogado, pueda ejercer esta facultad en las causas puramente civiles, servirá con trescientos ducados.

26 Licencia á un regidor para que él y sus sucesores en el oficio puedan entrar en el ayuntamiento con espadin, servirá con trescientos ducados vellon.

27 La facultad á villas ecsaminadas para que sus alcaldes se residencien unos á otros, y á los demas oficiales de justicia, ecsimiéndoles de la residencia de los corregidores de su partido, se ha regulado en trescientos á cuatrocientos ó quinientos ducados vellon, segun la mayor ó menor poblacion, espresándose en el arancel antiguo que estas gracias se deben escusar, por lo cual seguirá sin alteracion.

28 Dispensa á un abogado del tiempo que le falte hasta cumplir cuatro años de práctica despues que se graduó de bachiller para recibirse de tal abogado, en el caso que estimen las Cámaras de Castilla é Indias conceder la gracia, servirá á razon de cien ducados de vellon por año de dispensa.

29 Dispensa de un poseedor de vínculo ó mayorazgo de la precisa residencia personal en el lugar que hubiese señalado su fundador, servirá con la mitad de la renta de un año del vínculo á cuyo poseedor se conceda esta gracia, precedida de la debida justificacion de renta, que ha de ecsaminar la Cámara.

30 Los privilegios de hidalguía servirán con cincuenta mil reales, y se tendrán en consideracion las circunstancias y estado de la familia del que lo solicite.

31 La declaracion de hidalguía y nobleza de sangre servirá con cuarenta mil reales, y se tendrá igual consideracion de las circunstancias y estado de familia del que la solicite.

32 La gracia y título de baron servirá con cuarenta y cinco mil reales de vellon.

33 Otras gracias se proponen y conceden por la Cámara, de dispensa de ley, ampliaciones de regalías y oficios, aumento de armas en

los escudos, y otras de esta ó semejante clase, en que no pudiendo darse regla fija se han regulado, segun las circunstancias de las personas que las piden, y en atencion á la ciudad, villa ó lugar de que se trate, cuyo capítulo deberá seguir en lo sucesivo sin alterar la práctica observada en beneficio de la caja del crédito público, por el que resulta á la nacion; quedando esceptuadas de pagar servicio alguno, como opuestas al bien del Estado las gracias siguientes:

1.° Licencia para cerrar y acotar tierras, bien sean libres ó bien vinculadas.

2.° La que se conceda á una muger para mantener abierta una botica que la pertenezca, regentándola mancebo aprobado.

3.° La que se diere para servir oficios de ayuntamiento, sin embargo de ser mercader de tienda abierta.

4.° La que se concediere para fabricar molinos ú otros edificios.

5.° Dispensa á una muger viuda de la edad que le falte para cumplir 25 años, á fin de poder ser tutora de los hijos que la queden de su difunto marido.

34 En los reinos de la Corona de Aragon, Valencia y Mallorca, y en el principado de Cataluña, se servirá en lo sucesivo respectivamente, y sin perjuicio de los derechos de espedicion de los privilegios con que contribuyen á la Real Hacienda, y las limosnas al hospital de Aragon, segun lo resuelto en los términos siguientes: por el privilegio de ciudadano, cuarenta mil reales vellon; por el de caballero despues de haber pasado por la clase de ciudadano y hecho ya dicho servicio, cinco mil reales, y por el de noble ó hidalgo otros cinco mil reales en el mismo concepto de haber pasado ya por dichas dos clases de ciudadano y caballero, y hecho el servicio correspondiente á cada una de ellas, bajo cuyo órden se declara por escala precisa el estado de ciudadano á caballero, y de caballero á hidalgo ó noble, para que se verifique el completo del servicio pecuniario que se señala desde la última á la mediana, y desde esta á la primera ó superior clase; y por tanto en el caso de que por méritos y por circunstancias especiales se conceda á alguno el privilegio de hidalgo ó noble, sin haber pasado por las referidas clases de ciudadano y caballero, deberá servir con cincuenta mil reales, y con cuarenta y cinco mil el que consiga la gracia de caballero sin haber obtenido antes la de ciudadano y servido por ella; todo en la inteligencia igualmente de que por las referidas gracias de que se trata en este arancel, se han de hacer los servicios que señalan en moneda metálica, y por clase de personas, si espresamente S. M. no les releva de ello.

NUM. 2.°

63. Tarifa de los servicios con que se debe contribuir por las dispensas de ley y gracias de los Consejos.

1.°	Por la órden y providencia de un pleito que se vea en las audiencias y chancillerías con sala plena, cien reales.	100
2.°	Porque se vea con dos salas ordinarias, doscientos y cincuenta.	250
3.°	Porque sea con asistencia precisa del regente, bien sea	

en sala ordinaria ó plena, ciento cincuenta. . . . 150

4.° Porque se vea con las dos salas plenas, quinientos. . . 500

5.° Porque se vea en el Consejo con sala plena, doscientos. 200

6.° Porque se vea con dos salas ordinarias, quinientos. . 500

7.° Porque se vea con dos salas y asistencia del presidente, seiscientos. 600

8.° Porque se vea con dos salas plenas, ochocientos. . . 800

9.° Porque se vea con tres, tres mil. 3000

10 Y con calidad de que sean completas, á mas de dicho servicio, seis mil. 6000

11 Porque se vea en consejo pleno, quince mil. 15000

12 Por el ecsámen y aprobacion de escribanos de número y reales, ciento sesenta. 160

13 Por la aprobacion y juramento de curadores *ad litem* de los grandes de España, tres mil. 3000

14 Por la venia de edad para administrar sus bienes sin dependencia de tutor y curador, siendo particulares, por cada año tres mil reales. 3000

15 Los que obtengan renta propia hasta de tres mil ducados anuos, cinco mil. 5000

16 Los títulos de vizconde y baron, seis mil seiscientos. . 6600

17 Los de Castilla, Navarra, Aragon, Valencia, Cataluña y Mallorca, ocho mil. 8000

18 Los grandes de España y honorarios, quince mil. . . 15000

19 Por la gracia de emancipacion, iguales derechos, con la misma distincion de personas y calidades de bienes.

Por real órden de 18 de Noviembre de 1801 comunicada al Consejo, que quiere S. M. continúe vigente, y que en lo sucesivo tenga el debido cumplimiento, se declaró que no se reputasen por gracias al sacar las seis que se espresan á continuacion en los números desde el 20 al 25 inclusive, porque con ellas se dá lugar al desórden y relajacion de las leyes académicas, tan necesarias para que florezca la instruccion pública; pero sin embargo es la soberana voluntad de S. M. que si por motivos muy poderosos estimase el Consejo la dispensa de ellas, contribuyan los agraciados con el servicio que se fija en los seis artículos siguientes:

20 Por la dispensa de cursos para grados mayores, por cada año tres mil. 3000

21 Por la dispensa del cuarto año para grados menores en claustro ordinario dos mil doscientos. 2200

22 Por la dispensa para grados de una facultad mayor á los regulares, habilitándoles los cursos ganados en sus casas religiosas, dos mil doscientos. 2200

23 Por la conmutacion de cursos de una facultad mayor para otra, por cada año seiscientos. 600

24 Por la habilitacion del curso de filosofía ganado fuera de universidad ó estudio habilitado, por cada año, doscientos. 200

25 Si por circunstancias particulares se habilitaren alguna vez cursos en facultades mayores ganados fuera de

universidades ó estudios habilitados, por cada año, dos mil y doscientos. 2200

26 Por la habilitacion para hacer oposicion á cátedras por falta de tiempo, por cada año cien reales y á prorata si la dispensa fuese de meses. 100

27 Por la dispensa de cualidad para haberse de graduar en universidad, ciento cincuenta. 150

28 Por la dispensa de edad ú otra semejante que pida el estatuto ó fundacion de algun colegio ú otro establecimiento, trescientos. 300

29 Por la dispensa de cualidad prevenida por estatuto ú ordenanza de consulado ó cuerpo de comercio . . 600

30 Por la misma dispensa de ordenanza de gremios de artes y oficios. 100

31 Por la dispensa que el Consejo concediere de cuatro meses para poder recibirse de abogado, por cada mes, ciento. 100

32 Por la dispensa de edad para recibirse de abogado, que por práctica de las chancillerías y audiencias del Reino se necesita, por cada año, trescientos. . . . 300

33 Por la aprobacion y título de abogado en el Consejo, doscientos. 200

34 Por la dispensacion de ecsámen á un abogado para sacar título de escribano, ciento. 100

35 Por cada mes de habilitacion que concede el Consejo al procurador, para ejercer sin haber cumplido con la presentacion en el oficio de todos los espedientes que habia tomado su antecesor, ciento. 100

36 Por el título de agrimensor, cuarenta. 40

37 Por los despachos ausiliatorios de ejecutorias de hidalguía en juicio de propiedad, trescientos. 300

38 Por la ausiliatoria de título de los oficiales de la santa hermandad, dos mil. 200

39 Por la gracia de firmarse Don los escribanos que esten en posicion de nobleza, ochocientos 800

40 Por el de privilegio de venia, seiscientos. 600

41 Por el de mercado, ciento y cincuenta. 150

42 Por la licencia para impetrar bula de Roma para gozar grado de maestro ó presentado, ó cualquiera otra gracia á beneficio de algun individuo, con dispensacion de las constituciones ú ordenanzas de su órden ó religion, mil reales. 1000

43 Por la licencia para fundacion de convento, tres mil. . 3000

44 Por id. . . . . id. de casas de hospedería de la religion, mil quinientos. 1500

45 Por la estension de la jurisdiccion pedánea, conforme á lo acordado para el señorío de Molina y tierra de Almazan, seiscientos. 600

46 Por la próroga de jueces, procuradores, regidores, diputados y personeros del comun, y de cualquiera otro oficio público, trescientos. 300

47	Por la providencia de que no se guarden huecos y parentescos, por penuria de personas hábiles para los oficios de república, quinientos.	500
48	Por la que se deposite la jurisdiccion por los oficios de regimiento en individuos de un estado por falta ó corto número de sugetos á que correspondan, sesenta.	60
49	Por estension de oficios de república á los que no la tengan por la ley, si es en ciudad, mil y doscientos.	1200
50	Por la misma estension en villas ó lugares, seiscientos.	600
51	Por la aprobacion de ordenanzas de ciudad, trescientos.	300
52	Por . . . . . id. . . . id. de villa, doscientos. . . .	200
53	Por . . . . . id. . . . id. de lugar, ciento.	100
54.	Por . . . . . id. . . . id. de gremios, cofradías, hermandades, congregaciones, esclavitudes, &c. quinientos.	500
55	Por cada licencia para impresion de un libro ú obra cualquiera que sea, sesenta.	60
56	Por la que se conceda para reimprimir, treinta. . .	30
57	Si fuere con privilegio esclusivo al autor, doble cantidad.	
58	Si no fuere autor ó no tuviere título inmediado de él, siendo por diez años, mil y doscientos.	1200
59	Y si por cinco, seiscientos.	600
60	Por la licencia para el aumento de pliegos sobre los que permite la ley en las alegaciones impresas, por cada pliego ciento y veinte reales.	120

Por las demas dispensas y gracias no especificadas en esta tarifa ó arancel, se pagarán las cuotas que señale la sala del Consejo que las conceda; esceptuando las gracias siguientes, por las que nada se satisfará.

Los títulos de cátedras mayores en universidades mayores.
Los de las demas del reino.
Los de las cátedras mayores en universidades mayores.
Los de las menores.
Los de las cátedras de regencia temporales, de universidades mayores.
Los de las menores.
Los de maestros de primeras letras de villas y lugares.
Los de los de ciudades del reino.
Los de maestros de gramática.

Por la facultad de llevar armas en camino los que no pueden hacerlo por la ley, ó en cabalgadura en que no se permite por ella.

Por la provision de apeos que el consejo despacha para que los interesados de términos de ciudad acudan ante un comisionado.
Por id. . . . . . id. de villa.
Por id. . . . . . id. de lugar.
Por id. . . . . . id. de territorio particular de señorío ó solariego.
Por id. . . . . . id. de jurisdiccion perteneciente á particulares.
Por id. . . . . . id. de terrenos de otras cualidades.

Por la ausiliatoria del nombramiento de jueces de residencia que hagan los señores de vasallos.

Por la licencia para hacer insaculacion de sugetos para oficios de justicia.

TITULO III.

De la patria potestad.

64 Dependiendo en gran manera el órden social de que ecsistan tambien en las familias reglas por las cuales deben dirigirse, las leyes civiles han dado una preferencia bien merecida á la potestad que el gefe de aquellas ha de ejercer sobre las personas que de él dependan: y con arreglo á la division de que hemos hablado ya, segun la cual tienen distinta consideracion los padres y los hijos de familia, han establecido los derechos y obligaciones de aquellos y de éstos respectivamente.

65 Se ha dado el nombre de *pátria potestad* á la autoridad y derechos que en virtud de la ley competen al padre respecto de sus hijos legítimos. (Leyes 1 y 2, tít. 17, Part. 4.)

66 Nuestras leyes nada dicen espresamente acerca de si la madre tiene esta potestad sobre sus hijos; pero sin embargo, como todas las pertenecientes á esta materia se refieren únicamente al padre cuando hablan de sus efectos, al paso que á las madres corresponden ciertas cosas que no pueden darse á los que gozan de la patria potestad, es indudable que solamente la tiene el padre.

67 Las leyes de Partida ampliaban la patria potestad á los abuelos, sobre sus nietos y demas descendientes legítimos; pero esta disposicion está derogada por la ley 47 de Toro, que es la 3, tit. 5, lib. 10 de la Nov. Recop.

68 En este lugar debemos de considerar los modos de constituirse esta pátria potestad y los efectos que produce.

SECCION I.

Modos de constituirse la pátria potestad.

69 Aunque la ley 4, tít. 17, Part. 4 dice que la pátria potestad se establece de cuatro modos, á saber: 1.° por el matrimonio hecho segun manda la santa madre iglesia: 2.° por juicio fenecido entre padre é hijo que litiguen, y en el cual se declare serlo: 3.° por delito del hijo contra el padre que se libró de su poder al cual debe restituirse, y 4.° por adopcion del nieto hecha por su abuelo materno, á cuya potestad pasa; pueden reducirse dichos modos á solos dos, por estar incluido el segundo en el primero, y por ser el tercero mas bien un modo de reconstituirse la pátria potestad segun indicaremos al tratar de la emancipacion.

70 Por esta razon y fundándonos en las mismas leyes de Partida reduciremos á tres los modos de constituirse la potestad de los padres á saber: el matrimonio, la legitimacion y el prohijamiento.

SECCION II.

De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos.

71 Las leyes que teniendo en consideracion las relaciones que por la naturaleza ecsisten entre padres é hijos, han establecido y regularizado los derechos y obligaciones que hay entre sí, han determinado circunstanciadamente los efectos que civilmente produce la potestad paterna sobre las personas y bienes de sus hijos. En esta seccion tratamos de los efectos que produce relativamente á las personas de los hijos, y en la inmediata lo harémos de los que hacen referencia á los bienes de estos.

72 Respecto de las personas de sus hijos tienen los padres derechos y obligaciones, que aunque en cierto modo son naturales y consecuencia del matrimonio mismo, proceden tambien del estado social, en el que deben arreglarse á lo dispuesto por las leyes.

73 Segun estas los padres tienen obligacion de criar á sus hijos. (Ley 2, tít. 19, Part. 4.)

74 La obligacion de alimentarlos en los tres primeros años de su vida que se llaman de la *lactancia*, corresponde esclusivamente á la madre y desde esta edad en adelante al padre.

75 Si la madre fuere pobre debe el padre darle lo necesario para aquel objeto: y si el padre fuese pobre y la madre rica, tendrá ésta la obligacion de alimentar á los hijos, aun despues de los años de la lactancia. (Ley 3, tít. 19, Part. 4.)

76 Cuando el matrimonio se disuelve por culpa de uno de los cónyuges, corresponde al culpado si tiene bienes la manutencion de los hijos, debiendo permanecer estos en poder del inocente. (Ley 4, del mismo título.)

77 Siendo la manutencion de los hijos una obligacion de los ascendientes para con sus descendientes, mas bien que un efecto de la pátria potestad; no pudiendo los padres alimentar á los hijos, deben hacerlo los abuelos. (Ley 4, tít. 19, Part. 4.)

78 La obligacion de alimentar á los hijos se estiende respecto del padre tan solo á los legítimos y á los naturales reconocidos, y respecto de la madre aun à los adulterinos y demas ilegítimos: siendo la razon de esta diferencia, como dice la ley 5 del mismo título 19, el ser conocidos á la madre todos sus hijos y al padre tan solo los legítimos y los naturales.

79 Por esta misma razon se halla limitada en términos análogos la obligacion que en el párrafo 77 hemos dicho que tienen los abuelos y demas ascendientes, pues al paso que los maternos están obligados á criar á todos los nietos legítimos ó ilegítimos cuando la madre es pobre y ellos ricos, en los paternos tan solamente ecsiste esta obligacion en las mismas circunstancias respecto de los legítimos y los naturales. (Dicha ley 5.)

80 Esta obligacion no está limitada al alimento necesario para la conservacion de los hijos, sino que se estiende tambien á la educacion de los mismos; debiendo instruírseles en los principios de la religion y

de la moral, y en alguna ciencia, profesion, arte ú oficio con que puedan atender despues por sí mismos á su subsistencia y la de sus familias, siendo ciudadanos honrados y útiles á la patria. (Ley 2, tit. 19, Part. 4.)

81 Con cuyo objeto pueden los padres poner á sus hijos con maestros que les enseñen, y los castiguen si fuere necesario para su direccion; escriturando con las condiciones que les pareciesen convenientes, en la forma y modo que puede verse en el formulario que ponemos de esta clase de escrituras.

82 La obligacion de dar alimentos es recíproca; y la tienen tambien los hijos para con sus padres, abuelos y demas ascendientes. (La misma ley 5.)

83 Cesa en unos y otros esta obligacion en los casos siguientes: 1.° Por ingratitud del uno para con el otro causándole daño en su vida, honra ó hacienda. 2.° Cuando el hijo ó el padre tienen lo necesario para atender á su subsistencia segun su clase. (Ley 6, tít. 19, Par. 4.)

84 Sin embargo, es preciso advertir para la completa inteligencia de esta materia, que los alimentos son de dos maneras; unos se llaman *naturales* y otros *civiles*. Los alimentos naturales son los que consisten en lo puramente indispensable para subsistir el que los recibe, y los civiles los que se estienden ademas á lo que ecsije la condicion y circunstancias del que los ha de prestar y del alimentista.

85 Y aunque en los dos casos indicados en el párrafo 83 pierden los padres y los hijos el derecho á ser alimentados respectivamente, debe entenderse que se habla tan solo de los alimentos civiles, pues que entre estas personas ecsiste siempre la obligacion de darse los alimentos naturales. (Ley 9, art. 3, tít. 2, lib. 10 de la Novis. Recop.)

86 Como efecto de la pátria potestad y por consecuencia de la obligacion que tienen los padres de alimentar y educar á sus hijos, tienen tambien el derecho de servirse de ellos en todo lo que pudieren serles útiles, sin que los hijos tengan opcion á pedirles retribucion alguna por sus servicios. (Ley 3 tít. 21, Part. 2.)

SECCION III.

De los derechos de los padres en los bienes de sus hijos.

87 Las adquisiciones de los hijos de familia mientras están bajo la potestad de sus padres, provienen, ó de la milicia, ó del ejercicio de cualquiera ciencia ó arte liberal, ó por consideracion á su padre, ó de otro motivo diferente de estos. De estas distintas clases de adquisiciones se ha originado la division de los peculios.

88 Peculio es el *caudal que posee el hijo de familia con separacion de los bienes de su padre.* (Ley 5, tit. 17, Part. 4.)

89 El peculio que el hijo de familia tiene, procedente del ejercicio de las armas, se llama *castrense. Cuasi castrense* es el que adquiere en el ejercicio de la toga y demas carreras del estado ó en el de las ciencias y artes liberales. El peculio *profecticio* se compone de lo que adquiere el hijo por razon del padre ó con los bienes de éste: y finalmente el *adventicio* comprende todos los bienes que de cualquiera otro lado vienen al

hijo, como por su trabajo ó industria, ó por donacion de su madre ó de otra persona estraña. (Leyes 5 y 6, tít. 17, Part. 4.)

90 Distintos son los derechos que sobre cada uno de estos peculios tiene el padre, á escepcion del castrense y cuasi castrense que se equiparan en todos sus efectos. En estos dos la propiedad, la administracion y el usufructo son enteramente del hijo, y puede disponer libremente de ellos. (Leyes 6 y 7, tít. 17, Part. 4.)

91 En el peculio profecticio corresponde al padre la propiedad, posesion y usufructo de él, y es suyo privativamente, porque el hijo ganó los bienes de que se compone estando en el poder de su padre y por su consideracion (ley 5, tít. 16, Part. 4.) El hijo solamente tiene la administracion de su peculio profecticio, para que ensaye y ejercite su industria.

92 En el adventicio tiene el hijo la propiedad, y el padre el usufructo mientras aquel no contraiga matrimonio, pues en este caso debe restituirle íntegros los bienes de que se componga; (ley 3, tít. 5, lib. 10. N. R.) á cuyo efecto tiene tambien el padre la obligacion de defenderlos en juicio y fuera de él. (Ley 5, tít. 16, Part. 4.)

93 En caso de emancipacion la ley concede al padre el derecho de reservarse para sí la mitad del peculio adventicio del hijo; y esto es por consideracion á las utilidades que pierde, y á la gracia que otorga á éste. (L. 15, tít. 18, Part. 4.)

TITULO IV.

Del matrimonio.

94 El matrimonio mas bien es la base y fundamento para poder adquirir la pátria potestad, que uno de los modos de constituirse; pero como generalmente se consigue el fin natural y principal de su institucion que es la procreacion, esta es sin duda la causa por la que se cuenta entre aquellos, y la de que todos los autores traten de él bajo este concepto. Nosotros aunque creemos que bastaría en este capítulo decir que el matrimonio es la *sociedad perpétua que con arreglo á las leyes eclesiásticas y civiles, contraen varon y muger para procrear y educar hijos y ayudarse mútuamente*, y que sería mas conveniente hablar de él con estension en el título de contratos, bajo cuyo concepto puede considerarse civilmente, seguiremos el método adoptado por todos, ya porque entre nosotros este contrato está ademas considerado como sacramento, sin el cual no puede ecsistir, ya porque las personas que le contraen pasan á un nuevo estado y no parece tan impropio el colocarlo en el tratado de las mismas, y finalmente por no creer oportuno hacer esta novedad que á algunos pudiera parecer dirigida á un fin diferente.

95 Las leyes teniendo en consideracion la gravedad de la obligacion que imponen sobre sí los que contraen matrimonio, han establecido *solemnidades* que deben ó pueden precederle, con el objeto de que no se celebre inconsideradamente, y de evitar los perjuicios que se seguirian á las familias y á la sociedad si asi se verificase, y han determinado al mismo tiempo los *requísitos* que deben observarse en su celebracion, y la *capacidad* de las personas entre las que puede contraerse. A las primeras pertenecen el consentimiento paterno en los hijos de familia, los esponsales y las amonestaciones. A los segundos la publicidad que debe dársele; y á la tercera los demas impedimentos tanto dirimentes como impedientes. De todo lo cual trataremos en este título.

SECCION I.

Solemnidades que preceden al matrimonio.

96 *Consentimiento paterno.*—La equidad natural y la ley civil disponen que los hijos de familia no deban contraer matrimonio sin este consentimiento. Varias son las disposiciones civiles en que se previene que esta solemnidad preceda á los matrimonios; no creemos necesario citar otras que la pragmática sancion de 28 de Abril de 1803, que es la ley 18, tít. 2, lib. 10 de la Novís. Recop., y el real decreto de 30 de Agosto de 1836, mandando observar el de las Córtes de 14 de Abril de 1813.

97 Segun estas leyes los hijos menores de veinte y cinco años y las hijas menores de veinte y tres no pueden contraer matrimonio viviendo su padre sin que éste preste su consentimiento; debiendo darlo en su defecto la madre, aunque en este caso adquieren los hijos la libertad de casarse á su arbitrio á los 24 años, y las hijas á los 22. Cuando no haya padre ni madre, ha de pedirse el consentimiento del abuelo paterno y en su defecto del materno: adquiriendo los nietos en este caso la libertad de contraer matrimonio á los veinte y tres años los varones y veinte y uno las mugeres. A falta de padre, madre y abuelos paterno y materno, se ha de obtener el consentimiento del tutor, y en su defecto el del juez del domicilio del contrayente; y en tal caso solo ecsiste esta necesidad de pedir el consentimiento de estos hasta los veinte y dos años en los varones, y veinte en las hembras; pudiéndose verificar libremente los matrimonios desde estas edades en adelante.

98 Ninguna de las personas á quienes segun la ley 18 ya citada debe pedirse el consentimiento, tiene obligacion de espresar si lo negare las causas en que para ello se funda.

99 Y si el hijo de familia creyese que se le negaba sin razon ó injustamente, podrá recurrir á la competente autoridad, que es el gefe político de la provincia en que está domiciliado, el cual despues de tomar los informes que crea convenientes, formando al efecto un espediente gubernativo, podrá suplir el consentimiento de la persona á quien por la ley competa darlo. (Real dec. de 30 de Agosto de 1836.) (1).

100 De lo actuado en dicho espediente no puede darse copia sencilla ni certificada á ninguno de los interesados, y sí solo hacerles saber la

---

(1) Respetando las leyes que disponen que los hijos de familia puedan contraer matrimonio recurriendo á la autoridad que las mismas designan cuando el padre se opone á ello, no podemos menos de observar que son mayores en nuestro concepto los males que las ventajas de este recurso: pues la libertad que por él se concede á los hijos de familia puede ser y es las mas veces perjudicial á los mismos hijos, que llevados de sus pasiones y sin bastante reflecsion, creen que la resistencia que hacen sus padres á que se casen, se funda mas en intereses particulares que en el deseo de su felicidad. No es creible que los padres llevados de un gran cariño natural hácia sus hijos dejen siempre de pesar los motivos y circunstancias por qué no conviene á estos celebrar matrimonio con ciertas personas, y por el contrario es muy verosimil que las mas veces se opongan convencidos de las desventajas que sus hijos han de reportar de contraerlos: lo cual está en razon inversa de lo que generalmente resulta de casi todos estos recursos, odiosos hasta en su nombre, en los que pocas veces los padres salen victoriosos: siendo ademas un motivo para que cesen las relaciones de amor que debe haber entre padres é hijos, y de que esten dispuestos á faltar al respeto debido á aquellos. Por estas consideraciones casi todos los pueblos de la antigüedad tenian por nulos los matrimonios celebrados por los hijos de familias contra la voluntad de sus padres, sin que para suplirla se les diese recurso alguno: la iglesia misma siguió en esta parte por espacio de 12 siglos las disposiciones civiles; y hasta el concilio de Trento, en que se declararon válidos estos matrimonios, no pudo menos de decir que la iglesia los habia detestado en todos tiempos. (Trid. sess. 24, de reformat. mat. cap. 1.) Por esto no podemos menos de alabar por parecernos mas conforme al respeto filial la disposicion del código francés, segun el cual los hijos no pueden en ningun caso contraer matrimonio sin el consentimiento paterno, hasta que cumplen 25 años; y aun entonces tiene el hijo que hacerlo presente á su padre, y si se negase, vuelve á solicitarlo pasado un mes, y si aun en este caso el padre siguiese oponiendo resistencia, puede pasar á contraer matrimonio.

resolucion definitiva concediendo ó negando el permiso solicitado (1).

101 Cuando las hijas de familia no gozan en la casa paterna de la suficiente libertad para manifestar su voluntad, el gefe político decretará el depósito de aquellas, eligiendo una casa en la que no puedan influir para su determinacion ni los padres que se oponen al matrimonio ni el que desea contraerlo con ella. (Ley 16. tít. 2.º, lib. 10 Novís. Recop. y decreto cit.)

102 Las personas que siendo menores, ademas del consentimiento paterno necesitan de real licencia para contraer matrimonio, deberán al pedirla hacer espresion de las causas que sus padres, abuelos ó tutores tuvieron para concederles su consentimiento: y los que por ser mayores de edad no necesitasen de éste, y sí de aquella, manifestarán las circunstancias de la persona con quien intentan enlazarse.

103 Los vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonio para el que no estuvieren habilitados los contrayentes segun los requisitos que van espresados, serán espatriados y ocupadas todas sus temporalidades: y los contrayentes incurrirán en la primera de estas penas (2), siendo ademas una de las justas causas para poder ser desheredados los hijos, como diremos en su lugar.

104 Aunque la falta del consentimiento paterno no anula el matrimonio contraido, como diremos al hablar de los impedimentos impedientes, las leyes civiles lo ecsigen como requisito indispensable para contraerlo. No así los esponsales de que vamos á tratar, que aunque pueden preceder al matrimonio, no son necesarios para su celebracion.

SECCION II.

De los esponsales.

105 Los esponsales, institucion muy antigua y que en nuestro Derecho ha sido tomada del de los romanos, ni pueden definirse como generalmente los intérpretes de ambos derechos, ni son entre nosotros tales como los canonistas los describen. Por esta razon creemos que deben definirse; *promesa de futuro matrimonio hecha por escritura pública.* (Ley 18, tít. 2, lib. 10, Novís. Recop.)

106 En los primeros títulos de la Part. 4. se habla estensamente de los esponsales. De aquellas disposiciones tomamos la doctrina perteneciente á esta materia, á que añadiremos lo establecido en las leyes posteriores, dividiéndolo en tres puntos principales. 1.º De las personas que pueden contraerlos: 2.º Obligacion que de ellos nace: y 3.º Causas porque pueden disolverse.

---

(1) Así se previno por la pragmática de 23 de Marzo de 1776 que es la ley 9, tít. 2, lib. 10 de la Nov. Recop.: cuya disposicion creemos no se halla derogada, á pesar de haberse cometido este asunto á otras autoridades que las que en aquella se designaban, porque nada hay dispuesto en contrario por las leyes posteriores; y con efecto vemos que así se practica.

(2) Estando abolida en general la confiscacion de bienes por el artículo 10 de la Constitucion de 1837, no tiene lugar en este caso segun disponía la citada pragmática de 1803.

107 1.° Tienen facultad para contraer esponsales todos los que pueden consentir, puesto que son un contrato, y como diremos al tratar de estos, el consentimiento es requisito necesario é imprescindible en todos ellos. (Ley 1, tít. 1, Part. 4.)

108 Y así como los demas contratos se celebran puramente ó bajo condicion, del mismo modo los esponsales serán tambien ó *puros* ó condicionales. Los primeros obligarán, siempre que en su celebracion se hayan observado las solemnidades prescritas por las leyes: los segundos únicamente cuando se cumpla la condicion que se les ha añadido. (Leyes 1 y 2, tít, 4, Part. 4.)

109 Las condiciones que pueden ponerse á los esponsales han de ser posibles y honestas. Las imposibles se tienen por no puestas y las torpes los hacen nulos si se oponen al fin del matrimonio. (Leyes 3, 4, 5 y 6, tít. 4, Part. 4.)

110 El consentimiento en los esponsales debe espresarse por palabras ú otras señales manifiestas que indiquen la libre voluntad del que los contrae; y si es necesaria esta libertad en todos los negocios humanos, con mas razon se ecsije en los esponsales, cuyo principal objeto es unir los ánimos de los que los contraen para celebrar despues el matrimonio. (Leyes 1 y 2 de dicho tít. 1.)

111 Serán por lo mismo nulos los esponsales contraidos por error, fuerza ó miedo. Aunque podrán revalidarse, si los contrayentes, advertido el error ó ecsentos ya de la fuerza ó miedo, los ratificasen. (Ley 6, tít. 2. Part. 4.)

112 Lo serán tambien los celebrados por los furiosos, mentecatos, infantes, y todos aquellos que no pueden consentir. (La misma ley 6.)

113 A esta clase pertenecen tambien los esponsales de los hijos de familia celebrados sin el consentimiento paterno, cuyo defecto los anula. (Ley 18, tít. 2, lib. 10, Novís. Recop.)

114 Aunque por nuestras leyes pueden celebrar esponsales los que hayan llegado á la edad de siete años cumplidos, no podrán tener efecto si no fuesen ratificados despues de la pubertad, é interviniese necesariamente antes y despues el consentimiento paterno ó de las personas que deben de darlo. (Ley 6, tít. 1, Part. 4.)

115 2.° De los esponsales celebrados con arreglo á derecho, nace la obligacion de contraer matrimonio, la cual se deberá cumplir; y el esposo que se resistiese á hacerlo podrá ser demandado por el otro ante el tribunal eclesiástico. (Ley 7, tít. 1, Part 4.)

116 A pesar de lo dispuesto por las leyes en cuanto á la obligacion de contraer matrimonio que nace de los esponsales, es conveniente evitar en lo posible que ninguno de los esposos sea compelido de tal modo á hacerlo, que conduzca á que obre mas por violencia que por convencimiento: pues siendo esencial al matrimonio la union de los ánimos, repugna á él que haya coaccion; y será mas conveniente que deje de celebrarse que el que se haga contra la voluntad de alguno de los contrayentes. En lo cual tambien se han fundado las leyes y los cánones para establecer que cuando uno de los esposos no quiera cumplir la fé prometida, debe ser mas bien amonestado que obligado, y que cese la obligacion de los esponsales siempre que haya una causa razonable por

leve que sea. (Ley 7, tít. 1.º, Part. 4, cap. 17 *de sponsalibus* Decret.)

117 Esta doctrina tendrá solo lugar cuando las circunstancias no hagan necesaria enteramente la celebracion del matrimonio con arreglo á las disposiciones legales, las cuales prescriben que el juez obligue á contraer el matrimonio ó imponga una pena al esposo que no quiere contraerlo, en todos los casos en que la esposa haya de quedar deshonrada (1).

118 3.º Los esponsales pueden disolverse de muchos modos, á saber: por *mútuo disenso* de los esposos, aun cuando estuviesen aquellos hechos con juramento; por *subsiguiente matrimonio* de uno de ellos; por *ingreso en religion*, por la recepcion de *órden sagrado*, por *mutacion* de forma, fortuna y condicion de cualquiera de los esposos, lo cual tendrá lugar con respecto al que no hubiera sufrido la variacion, quedando obligado el que lo ha tenido: y últimamente se disuelven por *ausencia* larga de uno de los esposos, cuyo paradero se ignore y cuyo regreso no se espere. (Ley 8, tít. 1, Part. 4.)

SECCION III.

De las amonestaciones.

Aunque las amonestaciones no son esenciales al matrimonio deben siempre precederle. (Conc. Trid. cap. 1, sess. 24, *de reform. matrim.*)

119 Son las *amonestaciones* ó proclamas la publicacion que el párroco hace de los nombres de las personas que intentan contraer matrimonio, para averiguar si ecsiste entre ellas algun impedimento. Esta publicacion debe de hacerse en tres dias festivos consecutivos durante la solemnidad de la misa, ú otro acto religioso en que haya mayor concurrencia del pueblo, á juicio del párroco.

120 Si los contrayentes perteneciesen á distintas parroquias, debe hacerse en ambas la publicacion. (Cap. 1 citado.)

121 Los obispos tienen facultad de dispensar las amonestaciones, siempre que para ello haya una justa causa. (Id.). Los canonistas espresan como justas causas de dispensa la notable desigualdad de edades, de clases, fortunas y otras varias.

SECCION IV.

Personas hábiles para contraer matrimonio.

122 Para que se consigan los fines del matrimonio, es indispensable que las personas que lo contraen consientan libremente en él, y tengan la capacidad prescrita por la naturaleza y por las leyes civiles y eclesiásticas, que entre nosotros son unas mismas en esta parte. Los que carecen de ella se dice que tienen un impedimento dirimente, cuyo efecto es no solo el que se prohiba la celebracion del matrimonio sino el que se declare nulo despues de contraido.

(1) Sobre este particular puede verse al señor Elizondo, tomo 7, cap. 20, donde lo trata con su erudicion y juicio acostumbrado.

123 Puesto que el matrimonio es una sociedad que no puede efectuarse sin el consentimiento de los que la contraen, todo lo que se opone á este consentimiento es impedimento dirimente de aquel. El error, la fuerza, el miedo y el rapto son por lo mismo otros tantos impedimentos dirimentes del matrimonio.

124 El *error* puede ser acerca de la persona ó de sus cualidades, el primero anula el matrimonio, mas no el segundo; porque siendo el matrimonio indivisible y negocio tan grave, se presume que los contrayentes miran solo á la persona con quien contraen y no á su cualidades accidentales. (Leyes 10 y 11, tít. 2, Part. 4.)

125 La *fuerza y el miedo* para anular el matrimonio han de ser de tal naturaleza, que atendida la edad y secso de aquel que lo sufre, se crean suficientes para obligarle á obrar sin libertad y contra su voluntad. Cuando el miedo es intrínseco y nace de los afectos del ánimo, no se cree suficiente para quitar la libertad, y por consiguiente no anula el matrimonio; pero cuando es estrínseco, ó impuesto por causas esteriores bastantes para que haya coaccion, atendidas las circunstancias que hemos indicado, anula el matrimonio.

126 Es indiferente para esto que el miedo se imponga por el que quiere contraer ó por otra persona que tenga interés en que se celebre el matrimonio, porque siempre se opone al fin que se ha propuesto el que quiere contraerlo. (Ley 15, tít. 2, Part. 4.)

127 Si el miedo procede de las penas impuestas por el magistrado para obligar á casarse al que ha sido demandado por justa causa, no podrá considerarse como impedimento dirimente: porque el juez al imponer las penas obra con arreglo á derecho.

128 Tampoco es suficiente para anular el matrimonio el miedo que nace del respeto debido á los padres, siempre que estos no hayan usado de medios violentos para obligar á sus hijos á dar su consentimiento. En este caso y en el anterior, el miedo se suele llamar *justo*.

129 El *rapto* es en el dia impedimento dirimente del matrimonio mientras la robada está en poder del raptor que la sacó de la casa paterna por fuerza ó con engaño, ya sea contra su voluntad, ya consintiéndolo ella, pero resistiéndolo sus padres; y solo valdrá el matrimonio entre el raptor y la robada, si ésta, separada de aquel, es puesta en un lugar seguro donde pueda manifestar libremente que quiere contraer con él. (Conc. Trid. ses. 24. cap. 6. *de reform. mat.*) Para lo cual se ha establecido el *depósito*, que debe hacerse por la autoridad eclesiástica con intervencion de la secular política, y no judicial como generalmente se practica. (Dec. 30 de Agosto de 1836.) (1).

130 Estan imposibilitados para contraer matrimonio por falta de *capacidad* los varones menores de 14 años y las hembras menores de 12; (ley 6, tít. 1, Part. 4;) porque las leyes, siguiendo en esta parte lo que generalmente sucede en la naturaleza, los considera incapaces

---

(1) Hemos creido conveniente poner el rapto entre los impedimentos dirimentes del matrimonio por falta de consentimiento, y no entre los que proceden de delito como lo hacen algunos AA., porque entre nosotros deja de ser impedimento, luego que la robada se halla en disposicion de obrar con toda libertad.

hasta estas edades respectivamente para conseguir el primero de los fines del matrimonio, que como hemos manifestado es la procreacion.

131 Por la misma razon no pueden contraer matrimonio los mayores de edad que por vicio en la naturaleza ó por otra causa, son inhábiles para la generacion, bien ecsista esta inhabilidad ó impotencia en uno de los cónyuges, ó en ámbos, ya sea absoluta, ya respectiva al otro cónyuge, con tal que sea perpétua é incurable. (Cap. 4, 5 y 7 *de frig. et malefic*; y ley 6, tít. 2, Part. 4). Es, pues, nulo el matrimonio en que ni hay ni puede haber acceso; mas antes de la separacion debe constar la perpetuidad de la impotencia en juicio, y por las pruebas que para este caso se admiten, como el reconocimiento de facultativos y demas que manifestaremos al tratar en los juicios de las causas matrimoniales.

132 Cuando la impotencia es dudosa se obliga á los cónyuges á vivir juntos por espacio de tres años, pasados los cuales, y persistiendo la impotencia, se declara nulo el matrimonio, y se permite al cónyuge potente contraer otro: y si la impotencia fuese solamente respectiva, podrán pasar á contraer nuevas nupcias ámbos cónyuges. (Capíts. y ley citados.)

133 No pudiéndose contraer los matrimonios entre los parientes prócsimos sin confundirse torpemente los respetos que median entre estas personas, la recta razon los tiene por inhonestos; y las leyes civiles y eclesiásticas los han prohibido por esta consideracion. Sin mezclarnos nosotros en las grandes cuestiones sobre el derecho de que procede esta prohibicion en algunos grados, hablaremos de todas las que ecsisten con arreglo á nuestras leyes; esponiendo antes cuantas clases hay de parentesco y el modo de computar los grados.

134 El parentesco puede ser de consanguinidad, de afinidad, de cuasi afinidad, espiritual y civil. (Ley 12, tít. 2, Part. 4.)

135 Parentesco de *consanguinidad* es la relacion que ecsiste entre los que por generacion legítima ó ilegítima descienden de una misma persona, á la cual suele llamarse tronco comun. Consta de líneas, y las líneas de grados. *Línea* es una série de parientes inmediatos ó de generaciones sucesivas; y *grado* se llama á cada una de estas generaciones. La línea se dice *recta* cuando tan solo comprende á los que engendraron y fueron engendrados, ó séase *ascendientes* y *descendientes*, cuyas denominaciones suelen agregársele (1): y *colateral* si abraza ademas á otros consanguíneos (2); de manera que toda línea corateral viene á componerse de dos rectas que proceden desde el tronco comun, las cuales se llaman *lados*. Si los dos lados constan de igual número de personas y generaciones, se llama línea corateral *igual* (3). Si el uno contiene mas personas y generaciones que el otro, la línea se denomina *desigual* (4). (Leyes 1 y 2, tít. 6, Part. 4.)

136 El cómputo de los grados que distan entre sí los parientes tan-

(1) Véase la figura primera de la lam. adjunta.
(2) Véase la figura 2.ª
(3) Id.
(4) Id. figura 3.ª

to en la línea recta como en la colateral ó trasversal, se hace por derecho civil contando las generaciones que desde el un pariente al otro han mediado; ó bien se cuentan las personas que compongan la línea, y quitando una unidad á su número, quedará el de los grados que distan.

Asi si queremos saber cuantos grados dista Juan (figura 1.ª) de su tatarabuelo A, contaremos las generaciones que median á saber: de A á B, BC, CD y DE, que son cuatro, y diremos que distan cuatro grados; ó bien contando todas las personas A, B, C, D, E, que son cinco, y quitando una unidad, tendremos el mismo resultado.

137 Por derecho canónico se calculan estos en la línea recta del mismo modo; mas no en la línea colateral, en la que hay una notabilísima diferencia, pues que por derecho civil, como se acaba de decir, se cuentan todas las generaciones de ambos lados, y por derecho canónico tan solo las de uno de ellos, y siendo aquella desigual las del mas largo, esto es, del que contenga mas generaciones desde el tronco comun hasta el uno de los dos parientes.

138 De modo que un tio C, (figura 3) dista tres grados, ó lo que es lo mismo, está en tercer grado de parentesco con su sobrina D por derecho civil; porque se cuentan todas las generaciones que para ecsistir ambos han mediado, que son tres, á saber: AC, AB, y BD: y por el canónico lo está en segundo grado, pues que solo se cuentan las dos generaciones que hay por el lado mas largo del tronco comun que está contando desde el padre del tio y abuelo de la sobrina, hasta ésta, á saber: AB y AD. (Leyes 3 y 4, tít. 6, Part. 4.)

139 La computacion civil se sigue en las sucesiones, retractos y demas actos civiles, y la canónica en los matrimonios. (Ley 3.)

140 En la línea recta de ascendientes y descendientes está prohibido el matrimonio hasta el infinito. El pudor natural y los derechos establecidos por la naturaleza entre estas personas están en abierta oposicion con los oficios que ecsisten entre los cónyuges. (Ley 4.)

141 En la trasversal lo están hasta el cuarto grado inclusive, segun la computacion canónica, á la cual entiéndase hacemos referencia siempre en este tratado. (La misma Ley.)

142 El parentesco de *afinidad* es la relacion que resulta de la union carnal lícita ó ilícita entre hombre y muger, respecto de cualquiera de estos con los parientes consanguíneos del otro.

143 No habiendo en los afines generaciones, no hay entre ellos grados propiamente dichos; pero considerándose en cierto modo al marido y á la muger como una sola persona, se han introducido por analogía á ejemplo de los de consanguinidad ó cognacion para saber la distancia ó grado en que es afin al marido el consanguíneo de la muger, y vice-versa el de aquel á ésta: observándose respecto de los grados de afinidad las mismas reglas que hemos esplicado para contar los de consanguinidad, y fingiéndose las mismas líneas que hemos descrito en ese parentesco.

144 De modo que en el mismo grado que uno es pariente del varon por consanguinidad, lo es de la muger por afinidad y al contrario. Queremos pues averiguar cuantos grados de afinidad distan entre sí L (Fig. 4.ª), primo de María, y el marido de ésta. Vemos que aquel dista de María dos grados canónicos de consanguinidad, calculados segun ya hemos manifestado; luego de Juan dista otros dos

grados de afinidad, ó está en segundo grado canónico de afinidad con él. La línea en que hemos calculado estos grados es colateral é igual, pues que desde D hasta M y L hay igual número de generaciones.

145 No puede celebrarse matrimonio en la línea recta de afinidad hasta el infinito; y en la trasversal hasta el cuarto grado inclusive cuando la afinidad proviene de una union lícita, y hasta el segundo tambien inclusive cuando procede de ilícita. (Conc. Trid. cap. 3 y 4.)

146 El parentesco de *cuasi afinidad* resulta de los esponsales válidos y del matrimonio rato no consumado, y es el que ecsiste entre uno de los esposos y los parientes del otro. Entre nosotros solo se estiende hasta el primer grado el impedimento que para contraer matrimonio resulta de aquellos, al cual se dá tambien el nombre de *pública honestidad.* Pero cuando ésta nace del matrimonio rato lo impide hasta el cuarto inclusive. (Idem.)

147 El parentesco *espiritual* es la relacion que nace del bautismo y de la confirmacion, entre el que confiere cualquiera de estos sacramentos y los padrinos con el que los recibe y sus padres. El matrimonio está prohibido entre todos estos parientes espirituales. (Id. cap. 2.)

148 El parentesco *civil* trae origen del prohijamiento ó adopcion y arrogacion, y tiene lugar entre el adoptante y sus parientes con el adoptado. Esta relacion se inventó á imitacion de la de la naturaleza para estender y sostener las relaciones de las familias, en atencion á que el adoptado adquiria por el prohijamiento el derecho de agnado en la familia del adoptante. (Ley 23, Dig. *de adopt.*)

149 Por razon de este parentesco el que prohijare alguna muger ó la reciba por nieta ó biznieta nunca puede casarse con ella aunque se deshaga el prohijamiento: ni los hijos naturales con los prohijados por sus padres mientras dure el prohijamiento: pero si alguno prohijase muchos de ambos secsos, pueden casarse unos con otros, bien se deshaga ó subsista el prohijamiento. Tambien se impide el matrimonio y se anula el contraido entre el prohijador y la muger del prohijado, y entre éste y la muger de aquel, por razon de la afinidad que les resulta segun las leyes, aunque se disuelva el prohijamiento. (Leyes 7 y 8, tít. 7, Part. 4.)

150 Se reputan inhábiles para contraer matrimonio, además de las personas de que hemos hablado en los números anteriores, todas aquellas cuyo estado se considera por las leyes incompatible con el del matrimonio, ó que han cometido un delito por el cual se les prohibe contraer con ciertas personas. A la primera clase pertenecen los impedimentos de *voto*, *órden sagrado*, *matrimonio ecsistente y disparidad de cultos*: y á la segunda el *adulterio* y el *homicidio* en la forma y modo que esplicaremos. (Leyes 14, 15 y 16, tít. 2, Part. 4.)

151 Entiéndese por voto en esta materia tan solo el solemne de castidad que se hace en la profesion religiosa, por la cual los que la hacen se consagran á Dios en manos del superior de la religion en que profesan. (Conc. Trid. sess. 24, cap. 9, *de Sacram. Mat.*)

152 Por la misma razon está prohibido el matrimonio á los clérigos ordenados *in sacris*, á saber: desde el subdiaconado inclusive.

153 La poligamia es contraria á la institucion del matrimonio, y está prohibido á cualquiera de los cónyuges contraer nuevas nupcias

con otra persona mientras ecsistan las contraidas, que es lo que en los AA. se conoce generalmente con el nombre de *ligàmen.*

154 Tampoco puede celebrarse matrimonio entre un católico y un infiel, esto es, no bautizado: lo cual fue establecido por las leyes eclesiásticas, y admitido por las civiles en obsequio de la religion que profesamos, y por la dificultad de que haya armonía entre los casados de distintas creencias.

155 El adulterio y el homicidio de uno de los cónyuges son impedimento dirimente para que contraiga matrimonio con el adúltero y homicida el cónyuge sobreviviente, cuando aquellos crímenes se hubiesen cometido con esperanza ó promesa de casarse. (L. 19, tít. 2, Part. 4.)

156 No solo hay impedimentos dirimentes del matrimonio por incapacidad de las personas que lo contraen, sino que se declaran nulos aquellos en cuya celebracion se ha faltado á los requisitos que las leyes prescriben con el objeto de darle la publicidad necesaria. Lo serán pues por esta consideracion aquellos en que no se haya observado lo prescrito por el concilio de Trento, á saber: en los que falte la presencia del párroco ú otro sacerdote con su licencia y la de dos testigos por lo menos. (Sess. 24, cap. 1, *de reform. mat.*)

157 El párroco á quien toca asistir al matrimonio, es el de la parroquia en donde habitan los contrayentes, y si estos fueren de distintas; podrá serlo el del marido ó el de la mujer, aunque generalmente es costumbre que lo sea el de esta última. Los militares en España deben celebrar sus matrimonios en presencia del capellan del regimiento en que sirven, ó del vicario castrense del pueblo donde habitan, los cuales son sus respectivos párrocos.

158 No se concede fácilmente licencia para contraer matrimonio á los vagos y demas personas desconocidas sin un diligente ecsámen del cual aparezca su libertad, practicado ante el ordinario, que deberá dar su permiso para tales matrimonios, no pudiendo celebrarlos los párrocos por su propia autoridad. (Id. cap. 7.)

159 Para el debido cumplimiento de los capítulos 1.º y 7.º de la sesion citada del concilio de Trento, está mandado que los párrocos puedan celebrar los matrimonios de sus feligreses sin intervencion de las vicarías eclesiásticas, en las cuales, ademas de las diligencias inútiles que muchas veces se practicaban, se ecsijian de los fieles cantidades esorbitantes, con las cuales parecia que compraban la libertad de casarse (1).

160 Los testigos que asisten á la celebracion del matrimonio, no necesitan cualidades especiales; es suficiente que puedan entender y dar razon de lo que á su presencia se hace.

161 Los matrimonios celebrados sin la asistencia del párroco y tes-

(1) Han sido tan justas las dos disposiciones vigentes en esta parte (Decreto de 7 de Enero de 1837 y ley de Córtes de 28 de Junio de 1822), que por ellas no tan solo se ha librado á los españoles de las esacciones injustas que antes de casarse se les hacian, sino que dando su verdadero sentido á los citados capitulos del concilio, se han devuelto á los párrocos los derechos de que habian sido despojados por la Curia eclesiástica.

tigos en la forma que acabamos de manifestar, se llaman clandestinos; y ademas de ser nulos, incurren los que los celebran en la pena de espatriacion, y son causa de desheredacion. (Ley 5, tit. 2, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

162 Ademas de los impedimentos dirimentes de que nos hemos ocupado hasta ahora, se conocen otros llamados impedimentos *impedientes*; los cuales se oponen á que sin ellos se celebre el matrimonio, pero no lo anulan despues de contraido. Estos son los que nacen de la falta del consentimiento paterno, y de los esponsales válidos celebrados anteriormente; el voto simple de castidad, la heregía y las prohibiciones hechas por la iglesia de no celebrarlos en ciertos periodos del año; la ignorancia de la doctrina cristiana, y otros de que hablan los autores canonistas. De los dos primeros, únicos que producen efectos civiles, nos hemos ocupado ya; omitimos hablar de los demas por no ser de aplicacion alguna en el foro.

SECCION IV.

De las dispensas.

163 Despues de haber recorrido las distintas causas que se oponen á la celebracion de los matrimonios, nos parece conveniente hacer algunas indicaciones sobre las dispensas, autoridad á quien competen, y diligencias que se practican para conseguirlas. La *dispensa* no es otra cosa que la habilitacion para contraer matrimonio, concedida á aquellas personas á quienes está prohibido por el Derecho.

164 De los impedimentos del matrimonio, unos no necesitan ser dispensados; otros son absolutamente indispensables; y de los demas puede concederse dispensa, cuando para ello hay justas causas.

165 Los impedimentos que no necesitan dispensarse son los que provienen de la falta de consentimiento en los contrayentes; porque siendo aquellos una escepcion que puede proponer contra el matrimonio aquel que por error, violencia, &c. lo hubiese celebrado, se presume que el no usar de ella es prestar su consentimiento, y revalidar por consiguiente el matrimonio contraido.

166 Los impedimentos que no pueden dispensarse son la impotencia, la falta de edad, el voto solemne de castidad, el órden sagrado, el parentesco de consanguinidad ó de afinidad, hasta lo infinito en la línea recta, y el primer grado en la trasversal. Tampoco puede dispensarse la forma de la celebracion del matrimonio establecida por el concilio de Trento.

167 Todos los demas impedimentos pueden ser dispensados: los impedientes por el obispo respectivo, esceptuando los que nacen del voto simple de perpetua castidad ó de entrar en religion, y de los esponsales válidos.

168 Para estos dos, así como para todos los dirimentes dispensables, es necesario recurrir á la sede apostólica (segun la disciplina vigente) del modo que prescriben nuestras leyes. No es permitido segun estas mismas á los particulares pedir la dispensa directamente á Roma, sino que debe presentarse solicitud al ordinario; quien forman-

do el espediente oportuno, en el cual conste la clase de impedimento cuya dispensa se pide, y la causa en que se fundan los peticionarios, lo remite á la agencia de preces, que en el dia ecsiste en la pagaduría general del ministerio de Estado (1); y por éste es dirijida al encargado español de negocios en Roma. Concedida la facultad de dispensar á los ordinarios, el mismo encargado remite el breve de dispensa al ministerio de Estado, que lo pasa al de Gracia y Justicia con el objeto de que S. M. conceda el *exequatur*, á cuyo fin se remite al tribunal supremo de Justicia, que oido el dictámen de sus fiscales, dice si puede concederse ó debe negarse. Los que solicitan dispensas de Roma por otro conducto incurren en las penas de destierro. (Leyes 5, 9 y sig., tít 3, lib. 2, Novísima Recopilacion.)

Practicadas todas las formalidades indicadas en el número anterior, se remite al ordinario el breve apostólico para que dispense con conocimiento de causa, á cuyo fin puede ecsijir las informaciones y pruebas que tenga por conveniente; y los obispos tienen obligacion de dar cuenta al gobierno de seis en seis meses de los que hubieran llevado á efecto: (Ley 12, tít. 3, lib. 2, Novis. Recop.; Concil. Trid. sess. 22, cap. 5. *de reform.*)

No nos ocupamos de las demas materias concernientes á las dispensas, porque pertenecen esclusivamente á los canonistas.

SECCION V.

De los modos de disolverse el matrimonio.

169 A pesar de ser el matrimonio el fundamento de la sociedad, conviene algunas veces que los cónyuges se separen, aunque permaneciendo íntegro el vínculo; ya por haber cesado la union de ánimos, causa principal del matrimonio, ya por la imposibilidad de que ecsista la paz necesaria en las familias, y ya tambien porque asi lo ecsija la ecsistencia de uno de los cónyuges. A esta separacion se dá el nombre de *divorcio*, para el cual es indispensable que haya justa causa, y declaracion de la autoridad competente (2).

170 Las causas de disolucion del vínculo del matrimonio, rato y consumado, son: la profesion religiosa en el primero, durante el bimestre que se concede á los cónyuges para su consumacion, y en el segundo la muerte de uno de los cónyuges; pues los demas modos de disolverse de que hablan los AA. son mas bien declaraciones de nulidad.

171 La primera de las causas por que pueden separarse los cónyuges permaneciendo íntegro el vínculo del matrimonio, es el adulterio de uno

(1) En cada diócesis hay uno ó mas encargados de esta agencia, conocidos con el nombre de espedicioneros.

(2) Aunque el matrimonio legítimo ó celebrado con arreglo á las leyes del pais donde se vive es, en nuestra opinion, indisoluble, y no puede de modo alguno compararse con los demas contratos, que se disuelven por la voluntad de los que los celebran, nos abstenemos de hablar de él, porque en España no ecsisten matrimonios, que no sean celebrados con arreglo á las disposiciones canónicas.

de ellos; en cuyo caso podrá pedir el divorcio el inocente, á no ser que hubiere remitido ó perdonado la injuria: lo cual podrá suceder espresamente, ó por un hecho posterior, como si despues de haber sido ofendido cohabitase con el ofensor. Ninguno de los cónyuges puede pedir el divorcio cuando ambos son adúlteros; ni podrá hacerlo el marido cuando la muger se ha prostituido por su mandato y voluntad. Las demas causas por las cuales puede pedirse el divorcio, son la apostasía ó heregía de uno de los cónyuges, una enfermedad contagiosa, el mal tratamiento con el que peligra ó se atenta contra la vida ó salud del maltratado. Entre el divorcio por adulterio y las demas causas, hay la diferencia de que aquel es perpétuo, y estos temporales, mientras ecsiste la causa por que se decretó.

172 No está al arbitrio de los casados decidir por sí las causas de su separacion, ni será propiamente divorcio el convenido entre ellos: es necesario que haya declaracion de la autoridad competente; la que, con conocimiento de causa, y despues de practicar cuantas diligencias pida el defensor del matrimonio, declara si hay ó no lugar al divorcio. No será suficiente una sentencia para llevarlo á efecto; deberá haber dos conformes. De esto se hablará estensamente al tratar en los juicios de las causas matrimoniales.

173 La autoridad que conoce en los negocios de divorcio es la eclesiástica, la cual implora el ausilio de la secular para aquellas diligencias en que es precisa. Tal es la de depósito, que lo practica en este caso el juez eclesiástico, acompañado de la autoridad municipal del pueblo donde habitan los casados, ó da comision á ésta para que lo haga (1).

SECCION VI.

De los efectos civiles del matrimonio.

174 El matrimonio celebrado legítimamente, produce algunos efectos indispensables al órden de la familia, á la administracion de los bienes, y á los derechos de los casados.

175 Al órden de las familias pertenece:

1.° La patria potestad de que hemos hablado ya.

2.° La legitimidad de los hijos nacidos despues de contraido el matrimonio.

3.° La facultad que tiene el padre de desheredar al hijo que contrae matrimonio sin su consentimiento, ó sin observar lo prescrito en la sec. 1.ª

176 A la administracion de bienes:

1.° La facultad que tiene el marido de administrar sus bienes y los de su muger cumplidos los 18 años.

2.° Que la muger no pueda durante el matrimonio, sin licencia de su marido, repudiar ninguna herencia por testamento ó abintestado, ni aceptarla sino á beneficio de inventario.

---

(1) Este depósito se encarga muchas veces á los jueces de primera instancia, que en nuestra opinion no debe intervenir en él.

3.° La licencia que puede dar el marido á la muger para contraer y para que valga todo lo que seria nulo sin ella. Si el marido negare injustamente su licencia cuando fuere necesaria para cualquiera de los objetos indicados, puede el juez, con prévio conocimiento de causa, compelerle á que se la dé; y si compelido no quisiere hacerlo, dársela él mismo. Tambien puede el juez dar dicha licencia, con conocimiento de causa, cuando esté ausente el marido y no se espere su próximo regreso, ó si se hubiese de seguir perjuicio por la tardanza; y en estos casos tiene igual valor la licencia del juez que la del marido.

4.° La facultad que tiene el marido para ratificar lo que su mujer hubiera hecho sin su licencia.

5.° La comunion de bienes de que hablaremos en su respectivo lugar.

6.° El beneficio de restitucion *in integrum*, si hubieran padecido daño en su administracion antes de cumplir los 25 años. (Ley 14, título 1, lib. 10 de la Novis. Recop.)

177 Los derechos que adquieren los casados como efectos civiles del matrimonio, son:

1.° La facultad de presentarse en juicio por sí mismos antes de la mayor edad, sin que intervenga por ellos curador *ad litem*. (La misma ley 14.)

2.° Quedan libres, despues de cumplidos los diez y ocho años, del curador que antes tuvieren. (La misma ley.)

FORMULARIO.

Escritura de pupilaje.

177 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano, y testigos que se espresarán, parecieron F. y S., ambos de esta vecindad, y dijeron: Que siendo el primero padre (ó tutor ó curador) y legítimo administrador de la persona y bienes de M., habia resuelto, para que pudiera instruirse en todas las materias propias de la primera enseñanza (ó de la enseñanza secundaria), ponerlo á pupilo en el establecimiento del citado S, á cuyo fin están convenidos en lo que éste le ha de enseñar, dentro de qué tiempo, cuánto ha de llevar cada año, y manutencion que le ha de suministrar; y para que tenga efecto, y en todo tiempo conste en la via y forma que mas haya lugar en derecho, otorgan: el mencionado F. que entrega su hijo ó menor al citado preceptor, y éste lo recibe por pupilo bajo las siguientes condiciones:

(Aqui las que hayan estipulado las partes.)

Y habiendo ambos otorgantes oido á la letra el contenido de las condiciones que anteceden, se comprometen á observarlas cada cual por su parte; y al cumplimiento de esta escritura obligan sus bienes presentes y futuros, consintiendo ser á ello apremiado judicialmente. Asi lo otorgan y firman los espresados, á quienes yo el escribano doy fé conozco, siendo testigos F., M. y S., vecinos de esta poblacion.

Escritura de aprendiz.

178 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y competente número de testigos, pareció F. de T., vecino de ella, y dijo: que tiene un hijo (ó pupilo) llamado M. de T., de tal edad, y ha determinado ponerlo en casa de J. de T. de esta misma vecindad, maestro carpintero (ó de lo que fuere), el cual se ha convenido en admitirlo por su aprendiz; y para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, otorga, que entrega dicho su hijo ó menor al mencionado J. de T. por su aprendiz, á fin de que le enseñe el oficio que ejerce en el tiempo y bajo las condiciones siguientes:

(Aqui se anotarán todas las que los interesados hubieren convenido.)

Y habiendo oido á la letra y entendido esta escritura el citado J. de T., dijo: que recibe por aprendiz al hijo ó pupilo de F. de T., y se obliga á enseñarle dicho oficio con toda perfeccion por la espresada cantidad, y á observar este contrato y las condiciones referidas, á lo cual consiente ser apremiado: y ambos otorgantes, á quienes doy fé conozco, obligan sus bienes presentes y futuros al cumplimiento de esta escritura, y lo firman siendo testigos F., M. y S., todos de esta vecindad.

Licencia para contraer esponsales ó para casarse.

179 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y competente número de testigos, pareció D. F. de T., y dijo: que D. F. de tal su hijo y Doña F. de tal, menor de 25 años (*aquí se espresará si el que concede la licencia es algun pariente ó el curador del me-*

nor por no tener este padre,) tiene determinado casarse (ó contraer esponsales) con Doña F. de tal, de estado soltera (ó viuda,) hija de..... y para poder practicarlo, y que no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia que previene la real pragmática de 28 de Abril de 1803, ó ley 18, tít. 2.°, lib. 10 de la Novís. Recopilacion; y mediante á concurrir en la espresada las circunstancias que para verificar este enlace se requieren, en la forma que mas haya lugar en derecho, concede licencia y facultad al espresado D., su hijo (pariente ó pupilo) para que celebre matrimonio con la citada Doña F, á cuyo efecto, de su libre voluntad, presta su beneplácito para que no se le ponga impedimento alguno, y se obliga en legal forma á no revocar y reclamar esta licencia, y si lo contrario hiciere, no valga la reclamacion. Asi lo otorga y firma el citado D., á quien doy fé conozco, siendo testigos etc.

NOTA Hay algunos hijos de familia que segun hemos indicado ya en el núm. 102, ademas del consentimiento paterno, necesitan obtener real licencia, y entonces deben relacionarse estas reales licencias en las escrituras de consentimiento de los padres, parientes ó tutores que concedan el permiso.

Espediente relativo á suplemento del consentimiento paterno en caso de disenso.

180 El interesado recurre por medio de una esposicion al Gefe político de la provincia, solicitando que supla el consentimiento que le niega su padre para contraer matrimonio, en estos ó semejantes términos.

«Sr. Gefe político de la próvincia de M....--Antonio Garcia, natural de A......, soltero, de edad de tantos años, jornalero, hijo de Francisco y de Tomasa Lopez, vecinos de dicho pueblo, á V. S. con el debido respeto espone: Que tiene tratado matrimonio con Juliana Benitez, natural de B..., soltera, de edad de tantos años, hija de Juan y de Leóncia Pacheco, vecinos del referido B....., y queriendo realizar este matrimonio, se niega el padre del esponente á prestar el consentimiento debido, sin que para ello tenga al parecer causa alguna justa. En cuya atencion

A V. S. suplica le supla el consentimiento requerido en conformidad del real decreto de 30 de Agosto de 1836, si segun los informes que estime tomar lo conceptuase justo y legal.»

El Gefe político remite esta solicitud con oficio al alcalde constitucional de A..... para que practique las diligencias de costumbre, las cuales se reducen á que haga constar si el recurrente se ratifica en el contenido de aquella y reconoce la firma, y asimismo si su padre le niega el consentimiento, y los motivos en que se funda para ello, si tuviese por conveniente manifestarlos: encargando al espresado alcalde que despues de concluidas estas diligencias, le devuelva el espediente; que informe al propio tiempo sobre la conducta, calidad, medios de subsistencia y demás circunstancias del interesado, y disponga que el cura párroco lo verifique tambien separadamente. Iguales informes se piden por medio de oficio al alcalde de B....

Si en vista de estas diligencias cree el gefe político que debe conceder el permiso solicitado, estiende la siguiente providencia: «Por lo que resulta de este espediente y con arreglo á las disposiciones que rigen, suplo á Antonio García el consentimiento que le niega su padre Francisco para contraer matrimonio con Juliana Benitez. Y á fin de que pueda hacer constar este permiso, espídasele la competente certificacion.»

Escritura de palabra de casamiento ó esponsales de futuro.

181 En tal pueblo, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y competente número de testigos, parecieron D. N. y Doña N., de estado solteros, mayores de 25 años (*pueden tambien ser menores de esta edad, pero mayores de 14 y de 12 años respectivamente*), naturales y vecinos de..... hijos de..... y dijeron: que para afianzar perpetua y honestamente el amor que se profesan, han deliberado contraer matrimonio, y por graves inconvenientes que les impiden efectuarlo desde luego, quieren ligarse con los esponsales de futuro, á fin de que ninguno se pueda separar; y poniéndolo en ejecucion en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre y espontánea voluntad, otorgan: que prometen y se dan mútuamente su fé y palabra de casarse por las de presente, que constituyen obligacion de contraer legítimo y verdadero matrimonio, segun disposicion del concilio de Trento, para tal dia de tal mes y año, y que ninguno contraerá directa ni indirectamente esponsales con persona alguna sin que preceda licencia y consentimiento por escrito del otro contrayente, ó si lo hiciere sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas y tales alhajas (*se espresarán las que sean*) en señal, las que pasarán á su poder recíprocamente de que doy fé. Asimismo se obligan á no reclamar este contrato; y si lo hicieren, ademas de no ser oidos judicial ni estrajudicialmente, quieren ser compelidos á su observancia, como por sentencia difinitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada, obligando á ello sus personas y bienes, y sometiéndose á los señores jueces que de esta causa deban conocer conforme á derecho; y renuncian las leyes á su favor. Asi lo otorgan y firman los espresados, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. J. &c.

Nota. Si para contraer estos esponsales se necesita el consentimiento paterno, ó de los parientes ó tutores por ser menores de edad los contrayentes, segun las doctrinas esplicadas en este título, debe de hacerse mencion de dicho requisito, insertándose á la letra el documento en que estuviese consignada la autorizacion.

Otra. No debe en estas escrituras ponerse pena contra el que se retracte, ni juramento de cumplir el contrato, ni renuncia de la ley 39, tít. 11, Part, 5, que dice que *arrepintiéndose alguno de los contrayentes, no esté obligado á pagar la pena.* La razon es, porque si se ponen, como el que ha de relajar el juramento y conocer de los esponsales es el ordinario eclesiástico, puede suceder que por miedo de ser castigado el arrepentido como perjuro, y compelido al cumplimiento de la pena, se

case contra su voluntad; consecuencia funestísima que como hemos manifestado en el número 116 debe siempre evitarse.

Escritura de separacion ó disolucion de esponsales.

182 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y competente número de testigos, se presentaron don N. y doña N. de esta vecindad, y dijeron: que en tal dia, mes, y año, contrajeron esponsales de futuro, y se dieron mútua palabra de casarse, segun los ritos de la iglesia, y para su mayor firmeza se entregaron tales alhajas (*se espresarán las que sean*), obligándose á que ninguno los contraeria con otra persona sin consentimiento por escrito del otro contrayente; y conviniéndoles ahora apartarse de este compromiso, para que tenga efecto su separacion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontánea voluntad, otorgan: que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos y de ningun valor, como si no los hubieran contraido; y los otorgantes se declaran recíprocamente por libres de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas, quedando en plena libertad para contraer matrimonio, como si jamás hubiera habido tales esponsales, á cuyo fin desisten y se separan de las acciones que para impedirlo les competian, y se devuelven las referidas alhajas. Y bajo el juramento que hacen por Dios y una cruz, se obligan á no ponerse impedimento, ni reclamar esta escritura; y si lo hicieren, quieren, que ademas de no oirseles en juicio ni fuera de él, se les compela á su observancia. Y al cumplimiento de este contrato obligan su persona y bienes, y renuncian las leyes que les sean favorables. Asi lo otorgan y firman los espresados, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. y F. &c.

Nota. Si cada uno, por no existir ambos en un mismo pueblo, hiciese separadamente su apartamiento de la obligacion contraida, el que lo haga primero debe espresar la condicion de que el otro se aparte tambien, porque de no prevenirse asi, puede aquel quedar ligado y éste en libertad, lo cual no es justo.

Poder para contraer matrimonio.

183 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y competente número de testigos que se espresarán, pareció F. de tal, de estado soltero (ó viudo) de esta vecindad, y dijo: que tiene concertado celebrar matrimonio, segun el órden de nuestra santa iglesia con M. de T., hija legítima de... de estado soltera (ó viuda), vecina de... á cuyo acto no puede concurrir por (aquí el motivo de la imposibilidad); y para que por dicha ausencia no deje de tener efecto, en la forma que mas haya lugar en derecho, de su libre y espontánea voluntad otorga, que dá y confiere todo su poder cumplido, bastante y cuanto sea necesario á S. T., vecino de... su padre, hermano ó amigo, especial y señaladamente para que á nombre del otorgante y representando su persona, se despose por palabras de presente, que constituyen verdadero y legítimo matrimonio, con la citada M. de T.

precedidas las amonestaciones que previene el santo concilio de Trento, ó la dispensa de ellas, y si la espresada recibe al otorgante por su esposo y marido, la reciba en su nombre por esposa y muger; pues desde ahora la quiere y admite por tal, y aprueba y ratifica el matrimonio que se celebre, el cual tenga la misma validacion que si lo celebrara por *sí* propio, puesto que le contrae con libre y deliberada voluntad, sin seduccion, miedo ni violencia, y promete no reclamarlo con pretesto alguno, ni revocar este poder; y si una ú otra cosa hiciere, quiere no ser oido en juicio ni fuera de él. Y al cumplimiento y firmeza de lo que en virtud de este poder se obrare, obliga en bastante forma su persona y bienes presentes y futuros. Asi lo otorgó y firmó el espresado F. de T. á quienes yo el escribano doy fe conozco (ó á quienes los testigos manifestaron conocer), siendo testigos F., S y M. de esta vencindad.

TITULO V.

De los bienes de los casados.

184 Despues de haber tratado del matrimonio, y de cuanto á él dice relacion, nos parece oportuno hacerlo ahora de los bienes destinados á cumplir las obligaciones que impone. Son estos de muy distinta naturaleza. Permanecen unos de la propiedad del que los llevó al matrimonio: se adquieren otros como donaciones, que con motivo de este se hacen los cónyuges: y hay finalmente algunos que se ganan por mitad. De todos hablaremos en este título.

SECCION I.

De los bienes propios del marido.

185 El marido es dueño del capital que aporta al matrimonio, y que le han dado sus padres en consideracion á él. Las leyes de Toro le dan el nombre de *donacion propter nuptias.*

186 Son propios de la muger los bienes en que consiste la dote y las donaciones esponsalicias, en la forma y modo que despues diremos.

187 Pertenecen á los dos cónyuges los bienes que se llaman gananciales, de que trataremos en su respectivo lugar.

188 Para asegurar los cónyuges los bienes propios de cada uno, y que conste cuando sea necesario que no son gananciales, hacen varias escrituras conocidas con los nombres de *capitulaciones matrimoniales, del capital que el marido lleva al matrimonio, del que adquiere durante el mismo, carta de pago y recibo de dote, carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales, carta de dote confesada, aumento de dote*, y finalmente *escritura de arras.* De todas daremos al fin de este título sus respectivos formularios.

189 El capital que el marido lleva al matrimonio, tiene suficiente seguridad con la escritura de este nombre, hecha del modo siguiente.

190 Si se efectuase antes de celebrado el matrimonio bastará que concurran los que lo han de contraer y sus padres, con el objeto de que nunca puedan alegar los de la muger, que su hija, reconociendo mayor

el capital de su marido de lo que realmente era, se perjudicó ó les perjudicó en la parte de gananciales, que pudiera corresponderles en el caso de disolverse la sociedad conyugal. Lo mismo deberá practicarse, y será suficiente, cuando en las capitulaciones matrimoniales, ó en la carta dotal, que tengan fecha anterior á la celebracion del matrimonio, se obligó la muger á hacerla; porque en este caso, solo es consecuencia de la obligacion que se impuso cuando era libre y podia contraer.

191 Haciéndose la *escritura de capital* despues de contraido el matrimonio, y sin que haya precedido la obligacion de que se habla en el número anterior, jurará la muger no haber sido conminada ú obligada á otorgarla por su esposo.

192 La muger no debe obligarse á responder del capital del marido ni de su importe, puesto que no se le entrega ni tiene facultad alguna para administrarlo, y solo se obligará á reconocerlo á su debido tiempo por caudal de aquel, puesto en la sociedad conyugal.

193 El marido está obligado á concurrir al otorgamiento de la *escritura de capital*, y á declarar bajo juramento, que son suyos aquellos bienes, y si tienen contra sí alguna carga ó gravámen, y en caso de tenerlo, cuál es, y á cuánto asciende; debiendo espresar las deudas que haya contraido, su importe, y que no tiene otras. Si fuere viudo con hijos, hará tambien descripcion de los bienes que por legítima materna ó cualquier otro concepto les correspondan, para que en ningun tiempo puedan ser perjudicados.

SECCION II.

De los bienes propios de la muger.

193 En las *capitulaciones matrimoniales* ó en las *escrituras de dotes y arras* se aseguran á la muger los bienes que le pertenecen por dote ó por cualquiera donacion esponsalicia; en todos los cuales tiene la propiedad, aunque el marido los administra como si fuesen suyos. (Leyes 2 y 5, tít. 4, lib. 10, Novís. Recop.)

194 *Dote* es el capital que la muger ú otro en su nombre dá al marido para ayudar á sostener las cargas del matrimonio. (Ley 1, título 11, Part. 4.) (1)

La dote se divide en *adventicia y profecticia*, *voluntaria y necesaria*, *estimada é inestimada*. Adventicia es la que la muger da de sus bienes, ó por ella su madre, pariente trasversal, ó persona estraña; y se llama asi porque procede de lo adquirido por la muger, ó de lo que se le ha dado, mas no de los bienes de su padre, abuelo ú otro

---

(1) Parecerà à primera vista que daria mas esactitud à esta definicion el añadir, *para sostener con sus frutos ó productos las cargas del matrimonio*; pero à poco que se reflecsione, se verà que la hace inesacta esta adicion, pues prescindiendo de que no todas las dotes tienen réditos, como sucede en las que consisten en bienes muebles, se escluia tambien la dote estimada, por la que no se le pone al marido la limitacion de sostener solo con sus frutos las cargas del matrimonio, sino que se le dà facultad para hipotecarla, venderla ó hacer de ella lo que mejor la parezca, si bien queda obligado à restituir su importe, como luego diremos.

ascendiente. La profecticia proviene de estos. (Ley 2, tít. 11, Part. 4.)

195 Los bienes que el padre deba á la hija y entregue por mandato de ésta á su marido, y los que le diere por habérselos entregado otro para dotarla, no pertenecen á la dote profecticia, y sí á la adventicia. (Dicha ley 2.ª)

196 Dote voluntaria es la que da la muger por sí misma al marido, ú otro en su nombre; y necesaria la que entrega el padre, ú otro cualquiera de los que segun las leyes tienen precision de darla. (Ley 8, título 11, Part. 4.)

197 Estimada se dice la dote cuando se dan los bienes de ella con señalado precio; y no estimada es la que consiste en bienes, cuyo valor no se ha designado. (Ley 16, tít. 11, Part. 4.)

SECCION III.

De las personas que tienen obligacion de dotar.

La division de la dote en necesaria y voluntaria trae su orígen de que hay algunas personas que tienen obligacion de dotar, y otras que dejan de hacerlo, si les pareciere conveniente.

198 Tienen obligacion de dotar: 1.º Los padres, abuelos ó bisabuelos paternos á la hija, nieta ó biznieta legítimas, que tienen en su poder. (Ley 8, tít. 11, Part. 4.) 2.º La madre herege, judía ó mora á su hija cristiana católica. (Ley 9, dicho título.) 3.º El que tuviere alguna soltera en su poder ó guarda con todo lo suyo, que fuere ya de edad para casar. (Dicha ley 9.) 4.º El que teniendo la libre administracion de sus bienes, y pudiendo por consecuencia contraer, la hubiese prometido á aquella á quien la prometió. (Ley 1, tít. 1, libro 10, Novís Recop.)

199 La obligacion de dotar que la ley de Partida impone á los padres, abuelos y bisabuelos paternos, es con la diferencia de que el primero debe hacerlo aunque la hija tenga bienes propios, *ca quier haya ella algo de lo suyo de otra parte ó non, tenudo es el padre de la casar, et de la dotar*; pero el abuelo solo en el caso de que su nieta *non hobiere de lo suyo de que pueda dar la dote por sí; pero si ella hobiese de que lo dar, non es tenudo el abuelo de la dotar, si non quisiere, de lo suyo; mas debela dotar de lo della.* Lo mismo debe entenderse del bisabuelo respecto á su biznieta. (Dicha ley 8, tít. 11, Part. 4.) (1)

(1) Por derecho de Partidas no salian los hijos de la patria potestad por el casamiento como salen en el dia, por lo que sucedia con frecuencia estar los nietos en poder de sus abuelos, cosa que en el dia deberá ser muy rara, y para que tenga lugar es necesario que el nieto sea adoptado por el abuelo despues que se haya librado de la potestad de su padre. Juzgan por esto muchos AA. que tendrá hoy lugar la obligacion de dote en los abuelos ó bisabuelos paternos, sin la circunstancia de la patria potestad, que se espresa en la citada ley 8; y dicen que se puso por ser entonces lo mas frecuente, pero no como requisito indispensable: por lo que estienden al padre natural la obligacion de dotar, fundándose principalmente en que debiendo éste alimentos á sus hijos naturales segun la ley 5, tít. 19, Part. 4, y sucediendo la dote en lugar de los alimentos, la ley le impone esta obligacion.

200 La madre no tiene obligacion de dotar, escepto en el caso dicho, ó si lo hubiese prometido; pues entonces se considerará como cualquier estraño. Si quedase tutora ó curadora de sus hijos, y los dotare por cualquier concepto, no debe entenderse que lo hace de sus bienes, sino de los de estos. (Ley citada.)
201 Cuando la madre tutora de sus hijas las dota, y los bienes de estas no alcanzan á cubrir la dote que les prometió, podrá obligársele á que supla lo que falta, á no ser que creyéndolos mas cuantiosos de lo que realmente eran, padeciese error; pues probado éste, como que impide el consentimiento, á nada queda obligada. Pero si la madre no fuere curadora de sus hijas y les prometiese dote, debe entonces presumirse que lo hace de lo suyo, y llevada solo del afecto materno.
202 El que dotare por efecto de una obligacion que contrajo por su voluntad, tiene derecho á que se guarden y observen todas las condiciones que haya impuesto, con tal que sean lícitas y honestas.
203 Dotando el padrastro ó la madrastra á su respectivo entenado, ó el padre y la madrastra juntos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus propios bienes, sino de los del entenado ó entenada; y si no los tenia, se presume que la prometieron con ánimo de repetirla; pues no teniendo el padrastro obligacion de alimentar ni de tener en su poder á los hijos de su muger, ni pátria potestad sobre ellos, no es visto darles ni ofrecerles la dote ó donacion sino en los términos espuestos; á no ser que claramente ó por vehementes conjeturas conste que su intencion fué no repetirla, y antes si dársela de sus propios bienes.
204 El hermano que poseyendo bienes *pro indiviso* con su hermana, la dotase al tiempo de casarse, se entenderá que lo hace de los bienes de ésta, y no de los suyos propios. Lo cual está fundado en las razones siguientes: 1.ª porque no se presume donacion: 2.ª porque el hermano que tiene bienes en comun con su hermana se presume que la dota de los de ella como su administrador, y entonces cesa la presuncion de donacion: 3.ª Porque, si espendiendo algo el padre en nombre de su hijo, mas se presume que lo que hace de los bienes de éste que de los suyos, con mayor razon se debe presumir del hermano.
205 La hija mayor de veinte y cinco años, que pudiendo y teniendo proporcion no contrae matrimonio porque su padre no quiere, podrá ser dotada por la madre con licencia del juez y conocimiento de causa, aunque segun las leyes el padre es el obligado. Lo cual tiene lugar tambien cuando el padre está ausente, y no se espera su pronto regreso. En ningun otro caso puede la madre prometer dote á su hija sin licencia de su marido, por la prohibicion general que tiene de contraer sin ella. (Ley 11, tít. 1, lib. 10, Novis. Recop.)
206 Si despues de haber prometido cierta dote á su hija el marido y la muger juntos, renunciase ésta los gananciales, se ha de pagar de ellos; y no bastando para completarla deberá suplirse lo que falte de los bienes de ambos, no obstante la renuncia: porque por la promesa hecha antes de esta, quedó obligada eficazmente la madre en los términos

mismos que su marido á la entrega de su parte, pues á ello le obliga ley 50 de Toro, que es correctiva del derecho antiguo (1).

SECCION IV.

Del modo de constituirse las dotes, y bienes en que pueden consistir.

207 La dote puede constituirse y aumentarse antes y despues del matrimonio, señalando precio á los bienes de que consta, y dejando de asignarlo. (Leyes 1 y 16, tit. 11, Part. 4.)

Puede darse la dote puramente, ó bajo de condicion, y á los plazos que se estipulen, debiendo observarse los pactos que imponga el que la diere, no siendo opuestos al derecho y buenas costumbres. (Leyes 10, 11, 13 y 30, tit. 11, Part. 4.)

208 Puede tambien constituirse la dote por *tradicion* ó entrega, si la muger, ú otro por ella, diese desde luego al marido alguna cosa sin preceder promesa ni pacto alguno; ó si la entregase á otro en nombre del marido, en cuyo caso deberá éste confirmar la entrega para que sea de su cargo el riesgo de su pérdida. (Ley 13, tít. 11, Par. 4.)

Tambien se establece por *liberacion*, si debiendo él alguna cosa á la muger, ésta se la diere en dote, dándose por pagado como si la percibiese; ó si siendo deudor á otro, éste se diere por satisfecho de la deuda, cediéndola en dote á nombre de la muger. (Dicha ley 13.)

Por *delegacion* se establece la dote cuando la muger manda á su deudor que dé la deuda en dote á su marido, y aquel promete darla á éste. (Ley 13, de dicho tít. y Part.)

Debe constituirse la dote para ayudar á llevar las cargas del matrimonio, y la que se ofreciere para despues de disuelto no vale, como si uno ofreciese dote á la muger para cuando muera. (Ley 12, título 11, Part. 4.)

---

(1) Despues de haber ecsaminado las personas que pueden ser apremiadas à dotar, bien porque la naturaleza y las leyes les imponen esta obligacion, bien porque ellas mismas se la hayan impuesto; tocaremos lijeramente la cuestion, en que tanto se detienen los jurisconsultos, acerca de si proviene aquella obligacion del mismo derecho natural, ó si solo se puso en las leyes de Partida por consideracion á la pátria potestad. Si observamos que muchos pueblos antiguos no conocieron las dotes en la forma que hoy las conocemos, y que éstas se introdujeron en Roma por circunstancias especiales, no podemos menos de decir que semejante obligacion no debe referirse á aquellos principios primarios de justicia que no pueden alterar las leyes civiles. Nosotros reconocemos en éstas facultad para establecer y modificar las dotes, así como para no admitirlas cuando lo ecsija la conveniencia pública, que debe ser en este punto su única norma; sin que pensemos por esto que pueda inculpársenos de que somos desafectos á ellas, pues desde luego confesamos que las creémos útiles y convenientes, por razones que la naturaleza de esta obra no nos permite ni aun indicar. Solo diremos que relevando la hija al padre por el casamiento de la obligacion de atender á sus necesidades, no nos parece injusto en manera alguna que la adelante éste el todo ó parte de lo que cuando falleciese debia corresponderle por legítima, para que con ello pueda ayudar á cubrir las cargas que en sí lleva el nuevo estado que ha tomado. La pátria potestad no es tampoco precisamente origen del deber de dotar, al menos por nuestro derecho de Partidas, puesto que el abuelo que tiene la nieta en su poder, solo puede ser apremiado á dotarla *cuando ella non hobiese de lo suyo de que puede dar la dote por si*, y el padre aunque lo hubiere.

Vale la promesa de dote hecha por un tercero para cuando él muera, *ca podria ser que aquel que la prometió que moririe en tal sazon que ternie el matrimonio entre aquellos á qui la mandó.*

209 La muger puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, deudas, derechos y acciones. Si es menor y los bienes fueren raices, deberá intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la de su curador; pero si son de las otras clases, es suficiente la de éste. (Ley 14, tít. 11, Part. 4.)

210 No pueden dotar los padres á sus hijas en nada que esceda de su legítima, ni tampoco pueden dar por vía de dote ni de casamiento tercio ni quinto de sus bienes, ni se entiende la hija mejorada tácita ni espresamente por esta causa. (Ley 6, tit. 3, lib. 10, Novísima Recop.) Las dotes que esceden de la legítima, se tienen por inoficiosas. La prodigalidad con que en perjuicio de los demas hijos dotaban los padres á sus hijas, mereció la atencion de las leyes. La últimamente citada previene, que el padre que tenga desde doscientos hasta quinientos mil maravedises de renta, pueda dar á su hija por sola una vez un cuento de maravedises en dote: el que pasando de los quinientos mil llegue hasta un millon y cuatrocientos mil maravedises, cuento y medio: el que tenga un millon y medio de renta, la de un año; y aun cuando su renta anual sea mayor, no deberá esceder la dote de doce cuentos de maravedís, pena de perder el esceso. Esta ley, que solo se hizo cargo de las dotes algun tanto cuantiosas, no está en observancia, pero puede sentarse por regla general que al tiempo de constituirse las dotes deberá atenderse al número de hijos que tiene el dotante, á los haberes de que goza, &c.

211 Como debe presumirse, que el padre quiere guardar igualdad entre las hijas siempre que no haya vehementes sospechas en contrario, si despues de haber casado y dotado una hija prometiese simplemente dote á otra, deberá conceptuarse la promesa hecha en los mismos términos y forma que la primera. Esto se entiende cuando no consta de otro modo su voluntad, pues nada le impide el que favorezca mas á la una hermana que á la otra, por razones especiales que él mejor que nadie puede apreciar para hacerlo; pudiéndose añadir la consideracion de que es muy fácil que hayan tenido aumento ó menoscabo sus bienes.

212 Aunque el padre tiene obligacion de dotar á sus hijas en proporcion á su fortuna, no la tiene de anticiparles todo lo que de sus bienes pudiera corresponderles por legítima cuando contraen matrimonio, pues sobre ser esto muy duro, habria que hacer inquisicion en sus bienes, lo cual es odioso. Solo en el caso de que el padre diese á la hija una dote desproporcionada y mezquina, tendrá derecho para reclamarla mayor.

213 La dote debe darse de los bienes gananciales no solo cuando la prometieron ambos cónyuges, sino aun en el caso de que solo el marido, sin consentimiento ni aun noticia de su mujer, hubiese hecho la promesa. (Ley 4, tít. 3, lib. 10, Novís. Recop.) Pero si no los hubiese, ó no fuesen suficientes á cubrir la dote que se prometió, la satisfarán toda ó lo que falte por mitad cada uno de los cónyuges de sus propios bienes, si ambos hicieron la oferta; y si la hubiese hecho solo uno, él la

deberá pagar. Lo cual solo tiene lugar cuando el marido hubiese hecho simplemente la promesa sin el consentimiento de su muger, no habiendo espresado de qué bienes la hacia; pues si espresó que de los suyos propios, serán estos los responsables, y solo en el caso de que no fuesen suficientes se suplirá de los gananciales lo que falte para completar la dote prometida.

SECCION V.

De los derechos y obligaciones del marido en los bienes dotales.

214 Distintos son los derechos y obligaciones que tiene el marido con respecto á la dote estimada, de los que goza en la inestimada; debiéndose contar como de la primera clase aquellas en que la designacion del precio de las fincas ó alhajas, en que se ha constituido, se hace con solo el objeto de que se vea cubren la cantidad supuesta, justipreciándose para esto. Pero debe tenerse por inestimada, si al darla espresa la muger, que se tasan los bienes, no para que se hagan del marido, sino con el objeto de que si se pierden ó tienen deterioro por culpa de éste, pueda saberse el precio que debe abonar por ello al tiempo de la restitucion de la dote. (Ley 19, tít. 11, Part. 4.)

215 Se hace el marido dueño de la estimada; y por consiguiente le pertenecen el aumento ó deterioro que tengan los bienes en que consista, aun cuando provenga por caso fortuito; puede tambien hipotecarla, venderla ó hacer de ella lo que mejor le parezca, pues adquirió un dominio irrevocable, y cumplirá con dar al tiempo de la disolucion del matrimonio el valor en que fué apreciada. (Ley 18, tít. 11, Part. 4.)

216 Es dueño tambien de la que se constituye en dinero y cosas muebles fungibles, que se cuentan, pesan y miden, de las que no puede usarse sin consumirse; y está obligado como diremos al hablar de la restitucion de la dote, á volver otras tantas en número, especie, medida, peso y calidad. (Ley 21, tít. 11, Part. 4.)

217 El marido en la dote inestimada no adquiere como en la otra el dominio irrevocable, pues está obligado á restituir los mismos bienes en que se le dió, como luego se dirá. Debe cuidar de ellos con esmero pues es responsable de su deterioro y pérdida, si se le probase que avinieron por culpa suya. (Ley 18, tít. 11, Part. 4.)

218 Pero durante el matrimonio puede disponer libremente de sus frutos, con tal que concurran las tres circunstancias que para ganarlos, asi como los de la estimada, ecsige la ley 25, tít. 11, Part. 4, y son: 1.° que se haya celebrado el matrimonio: 2.° que tenga posesion de la dote: 3.° que sufra las cargas matrimoniales.

219 Si la dote ó parte de ella consiste en ganados que procreen, ha de reemplazar las reses que hayan muerto con las crias que nazcan. (Ley 21, tít. 11, Part. 4.) (1).

---

(1) Aunque el derecho de Partidas que con tanto aprecio miró las dotes prohibió espresamente al marido el enagenar la inestimada (ley 7, tít. 11, Part. 4.), vemos que en la práctica se sostienen estas enagenaciones (con especialidad si no se hacen en mas de la mitad de los bienes dotales) con tal que intervenga la muger

220 Puede el marido ecsigir de aquellos que tienen obligacion de dar dote, que se la constituyan y se la entreguen, asi como tambien el cumplimiento de la promesa de esta especie que hubiese hecho alguno. Y en favor de la dote se halla establecido; que si alguno la dá á una muger con quien cree tener parentesco, y se casa, aunque despues resulte no ser parientes, no puede aquel demandar lo que le dió, porque esta es una obra de piedad. (Ley 35, tit. 14, Part. 5.)

221 Debe el marido vindicar la dote de cualquiera que injustamente la detente, asi como defenderla en juicio; pero si fuese vencido, y por consecuencia la perdiese, ninguna responsabilidad tendria, con tal que haya puesto los medios conducentes á hacer valer su derecho; pero no podrá obligar á la muger ni á otro que la hubiese dado á constituir otra; no habiendo en este caso lugar á la eviccion ni saneamiento. Esto ha de entenderse si se constituyó con buena fé; porque si hubo dolo, ó se dió apreciada, ó por promesa y obligacion de darla, y no por tradicion (pues de ambos modos pueden darse las dotes, leyes 10 y 13, título 11, Part. 4), ó si el que la dió se obligó á su eviccion y saneamiento, tiene derecho el marido para reclamar otra. (Ley 22, tít. 11, Part. 4.)

222 Por lo que va dicho, puede sentarse que el marido es dueño absoluto de la dote estimada, y de la que se constituye en bienes muebles, que se cuentan, pesan y miden, y se consumen con el uso; pero hay motivo para dudar si lo es de la inestimada. Dicen la mayor parte de los autores que tiene en ella un dominio revocable, esto es, que lo conserva mientras dura el matrimonio; pero que lo pierde cuando se disuelve éste, ó cuando llega otro cualquier caso, en que por derecho puede obligársele á restituirla.

223 Prescindiendo de que el marido no puede enagenar la dote

---

en la celebracion del contrato, preste su permiso jurado, pues no basta el consentimiento de palabra, y haga la renuncia en los términos que se ha dicho al tratar de los requisitos indispensables para que tengan validez los contratos celebrados por las mugeres casadas. Esta práctica se introdujo sin duda con el objeto de favorecer á los cónyuges, á quienes puede muchas veces convenir enagenar una finca dotal, para reparar otra con el precio que reciban, ó para invertirlo en cubrir las obligaciones que trae el matrimonio: pudo tambien ayudar á su introduccion, el respeto supersticioso con que en algun tiempo se miró entre nosotros al Derecho Romano que lo permitía (*Ley Jubemus 21. Cod., ad Vellejan*). Pero semejante práctica, como introducida en contra de una ley espresa, que si bien puede ser juzgada por algunos de menos conveniente, nadie con razon puede tacharla de que envuelve en sí una notoria injusticia, admite segun los autores una modificacion que la hace menos gravosa á la muger, pues puede reclamar ésta en los bienes de su marido el precio en que se vendió la finca dotal, y no siendo suficientes para satisfacerlo, recobrarlos del comprador, ó su importe, à eleccion de éste. Si bien esto no tiene lugar: 1.º Cuando celebra la muger el contrato de enagenacion por sí sola con licencia de su marido, y recibe el precio: porque entonces como ella es la única otorgante, ella sola tambien debe sufrir las consecuencias de un hecho suyo. 2.º Si cuando la muger consintió y juró el contrato de enagenacion, no tenía el marido bienes con que reintegrarla de su importe; pues entonces no puede repetir el espresado precio, aunque obtenga prévia relajacion del juramento; pero aun en este caso si fué enormemente engañada ó perjudicada, bien puede reclamar, precediendo la relajacion de aquel; porque es suficiente causa para que se rescinda el contrato, el respeto debido á su marido, aunque no se pruebe que ha habido amenazas por parte de éste, ademas de la lesion.

segun la ley, y en la práctica tan solo con las limitaciones que hemos visto, si se atiende á que la muger puede obligarle á que se desprenda de ella, y sobre todo á que si bien es cierto que mientras la posee puede disponer libremente de sus frutos, desde el momento en que la pierde no puede hacerlo de la mitad de los ecsistentes, no se dirá con toda ecsactitud que es verdadero dueño de ella.

224 Tampoco es el marido un mero administrador de la dote inestimada; porque puede vindicarla y repetirla del que la debe, dispone libremente de todos sus frutos mientras la posee, y gana la mitad de los ecsistentes al tiempo en que la debe restituir.

225 Ha de tenerse presente, como cosa especial en la dote, que si el que la da ó recibe apreciada se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio ó lesion en cualquier cantidad que sea, sin embargo de que no esceda ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en los demas contratos; cuyo privilegio está concedido al dotal por favor de la dote (ley 16, tít. 11, Part. 4), y la accion de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitucion, pues la ley no prefine término para ello; á menos que al tiempo de constituir aquella se renuncie.

226 Aunque durante el matrimonio tiene el marido la libre disposicion de los frutos de los bienes dotales, si conociese la muger que disipa ó desfalca su dote, y viniere á pobreza por culpa de aquel, puede demandarle judicialmente para que se la entregue, ó afianze su responsabilidad, ó que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se le acuda con sus frutos para sus alimentos; á lo cual debe deferir el juez. Mas no le compete esta accion cuando él deterioro ó menoscabo, no proceden de culpa de su marido, aun cuando este viniese á pobreza: bien que en todo caso se le admite la demanda, especialmente, si aquel tiene otros acreedores, para que no pierda su dote. (Ley 29, tít. 11, Part. 4.)

SECCION VI.

De la restitucion de la dote que ha sido entregada.

227 Siendo el objeto de las dotes el de ayudar á sostener las obligaciones del matrimonio, cuando ya no pueda cumplirse, bien sea por muerte de cualquiera de los cónyuges ó bien por divorcio, se debe restituir á la muger, ó á quien su accion y derecho represente.

228 Puede muy bien el marido hacer en vida esta restitucion, pues no está prohibido pagar la deuda al que tiene obligacion de satisfacerla de sus bienes despues de muerto, y mientras vive puede prevenir y hacer voluntariamente lo que en su muerte debe practicar: sin que por efectuar la entrega se deba decir que son defraudados sus hijos en los bienes dotales que tendria su padre á no haber hecho la restitucion, pues éste carece tambien de ellos, y ningun derecho le precisa á conservar la dote en su poder, ni á adquirir los frutos por custodiarla si le incomoda su conservacion y custodia, ni tampoco á recibirla si no quiere.

229 Si el que dió la dote fue algun estraño y puso al tiempo de darla cualquiera especie de condicion acerca del modo de restituirla,

debe observarse con tal que sea lícita y honesta, (leyes 26, 30 y 31, tít. 11, Part. 4), pues de estas puede poner el donante todas las que le parezcan.

230 En la restitucion de la dote que se dió en bienes con estimacion que causó venta, cumple el marido con dar el precio en que se valuaron, pues se hizo dueño absoluto de ellos, y puede decirse que la compró con solo la obligacion de entregar el precio; y por lo mismo le pertenecerán el incremento, pérdida ó menoscabo, que despues de verificado el matrimonio, y no antes, tuviesen dichos bienes. (Ley 18 tít. 11, Part. 4.)

231 Esto se entiende á menos que en la escritura dotal se hubiese pactado otra cosa, pues segun se obligue el marido quedará obligado (Ley 1, tít. 1. lib. 10, Novís. Recop.) Por lo que, aunque los bienes fuesen estimados, si se estipuló que disuelto el matrimonio habia de volverlos segun estuviesen ó su estimacion, á su eleccion, y eligiese volverlos, será de cuenta de la muger su deterioro, no probando que su marido tuvo la culpa de él, ó no habiendo recibido este en sí todo el daño que en ellos acaeciese. (Ley 18, tít. 11, Part, 4.)

232 Si se obligó á restituir los mismos bienes, y hubiesen perecido algunos, cumplirá con entregar otros á justa tasacion; y lo mismo sucederá con los deteriorados, supliendo con otros su deterioro, y no estará obligado á volver su estimacion en dinero ni la muger tendrá accion á pedirlo. (Dicha ley.)

233 Si el marido no dejó dinero, no están obligados sus herederos á pagar en esta especie la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia, y asi deberá la viuda recibir en estos su importe á justa tasacion; ni consistiendo la dote en muebles se les puede obligar á malvenderlos para darle el dinero que no llevó al matrimonio, porque ningun perjuicio se le irroga, ni se hace por ello de peor condicion que cuando se casó; pues aun el mismo deudor no puede ser compelído, antes bien cumple con dar otros equivalentes á arbitrio del juez. (Ley 3, tít. 14, Part. 5.)

234 Con superior razon no estarán tampoco obligados los herederos del marido, los cuales, aunque le suceden en todas las acciones y obligaciones, no contrajeron la de restituir en dinero la dote; y asi quedará reservado esto á la prudencia del juez, pues nunca dan ni con mucho por los bienes muebles el precio de su tasa, y el marido sale siempre perjudicado por esta razon. (Dicha ley.)

235 Nos parece deber advertir en este lugar, que si el marido con dinero dotal y consentimiento de su muger compra alguna finca, aun cuando lo haga en nombre suyo, tiene la muger el derecho de eleccion entre la finca comprada y el precio que por ella se dió: pero si no interviene su consentimiento y el marido la compra en su propio nombre, será dotal *en subsidio* solamente, que es en defecto de tener otros bienes el marido. (Ley 9, tít. 5, Part. 4.)

236 Si los que se dieron en dote no fueron apreciados, y aunque lo hubiesen sido constase que se hizo solo para saber cuanto debia abonar por ellos el marido al tiempo de la disolucion del matrimonio caso de haberse consumido ó deteriorado por culpa suya, debe restituirlos en el estado en que se hallen, á menos que se le pruebe que la pérdida ó me-

noscabo avinieron por esta; y el pró ó daño que en ellos hubiese, pertenecerá á la muger; asi como tambien cuando se hubiese reservado el derecho de escoger entre los bienes y su estimacion, y eligiese estos. (Ley 19, tít. 11, Part. 4.)

237 Pero si se constituyó en ganados productivos, deben restituirse, reemplazando con las crias que nazcan las cabezas que hayan muerto. Y esto debe entenderse no solo cuando se llevó una manada que son diez cabezas, sino aun cuando se llevasen menos, como tres, cuatro ó cinco. (Ley 21, tít. 11, Part. 4.)

238 Si se hubiesen entregado en dote al marido bienes inapreciados, consistentes en número, peso y medida, de los que no se puede usar sin consumirse, le pertenecerá el incremento ó decremento que tuviesen; porque sin embargo de no haberse valuado, se le transfirió su dominio: pero en este caso debe restituir otros tantos en número, medida, especie, peso y calidad, aun cuando valiesen mas caros al tiempo de la disolucion del matrimonio. (Ley 21, tít. 11, Partida 4.)

239 Cuando al otorgar la dote se estipuló que cumpliria el marido con dar el precio que tenian los bienes cuando los recibió y no el que tengan cuando los haya de restituir, valdrá este pacto, como todo los nupciales que no sean opuestos al derecho y buenas costumbres. (Leyes 10, 11, 13 y 30, tít. 11, Part. 4.)

240 Todo lo que hemos dicho de la restitucion de la dote puede reducirse á las reglas siguientes: 1.ª Que cuando consiste en bienes inestimados ó en los que se aprecian sin causar venta, cumple el marido con devolverlos en el estado en que se hallen á la disolucion del matrimonio. 2.ª Que se hace dueño de la dote estimada, y por consiguiente debe dar el precio en que se tasaron al constituirla los bienes en que se verificó. 3.ª Que de la que se entrega en cosas fungibles debe hacerse la restitucion en otras tantas y tan buenas. 4.ª Que el incremento, pérdida ó deterioro de los bienes dotales son de cuenta de la muger cuando se le han de restituir los mismos bienes; y del marido, cuando solo ha de dar el precio, ó cuando se probó que tuvo culpa en el menoscabo ó pérdida de los inestimados. En la dote que consiste en ganados no apreciados, tiene obligacion de reponer con las crias que nazcan las reses que hayan muerto. 5.ª Que al tiempo de constituirse aquella pueden ponerse por los contrayentes cualesquiera pactos y condiciones, que deberán observarse siendo lícitos y honestos.

241 Aunque hemos dicho que el incremento ó deterioro de los bienes dotales pertenece al marido ó á la muger, á cada uno en su caso, debe esto entenderse sin perjuicio del derecho que cada uno de ellos tiene para reclamar la mitad de lo que vale la mejora hecha en el fundo del otro.

242 Consistiendo la dote en bienes raices, debe el marido restituirlos al punto que el matrimonio se disuelva, pero si consiste en muebles ó dinero, cumple con hacer su restitucion dentro del año siguiente. (Ley 31, tít. 11, Part. 4.)

243 Para la esaccion de la dote ha de atenderse á la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, y no á la del domicilio del marido; y si los cónyuges hicieron algun pacto antes ó al tiempo de ca-

sarse, no tendrá lugar la costumbre. (Ley 24, tít. 11, Part. 4.)

244 Mejorando el marido los bienes dotales, que se entregaron sin apreciar, puede repetir y descontar las espensas útiles y necesarias hechas en ellos: de suerte, que consistiendo la dote en especie y cantidad juntamente, las hechas en la alhaja ó especie disminuyen la dote en cantidad, y asi restituirá la alhaja ó alhajas íntegras, y de la cantidad solo el esceso del importe de las espensas si lo hubiere; y consistiendo solamente la dote en especie, puede retenerla por derecho pignoraticio, hasta reintegrarse del desembolso hecho en su beneficio y utilidad. Estas espensas deben sacarse sin incluir para su abono los frutos que los bienes dotales produjeron durante el matrimonio, por estar destinados á cubrir sus cargas. No puede el marido pretender las espensas voluntarias hechas en los bienes dotales, ya hayan sido con consentimiento de su muger, ya sin él; porque estas, si bien los embellecen, no los mejoran. (Ley 32, tít. 11, Part. 4.)

Si al marido se le ocasionan gastos en cobrar la dote, consistente toda ó parte en deudas, deben ser de cuenta de la muger, disminuyendo su dote, y no compensándose con los frutos de la misma (1).

245 Muchas veces llevan en dote las mugeres, legado anual, usufructo, pension, renta impuesta en fondo vitalicio ó empleo; y la práctica en constituir la dote de estas cosas, es considerar como tal el importe de los diez años siguientes al dia de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de él, y obligándose el marido á restituirlo á su muger, ó á sus herederos, aunque ésta no viva los diez años; y si vive

---

(1) Algunos de nuestros autores opinan lo contrario. Hay sin embargo muchas razones que confirman lo que se dice en este número, y son las siguientes: 1.ª Porque los frutos dotales se conceden al marido para sostener las cargas matrimoniales. 2.ª Porque si la dote debe ser líquida y efectiva, de suerte que habiendo lesion en su tasacion se debe deshacer en cualquier cantidad que sea, como ya se ha dicho, una vez que haciéndose gastos para que lo sean las deudas, se desfalca, debe disminuirse, y reducirse á lo justo que el marido percibió; mayormente cuando es cosa inicua, que restituya lo que sin culpa suya no entró en su poder. 3.ª Porque si haciendo el marido espensas necesarias en la finca dotal, son de cuenta de su muger, y puede repetirlas, tambien lo serán los espresados gastos, puesto que son necesarios, y que con ellos se mejora la dote. 4.ª Porque si perdiéndose la deuda por no cobrarla el marido, se le culpa de negligente y debe responder de su importe, como se dirá en la seccion siguiente, no puede haber razon para que haciendo gastos en su cobranza hayan de ser de su cuenta y no disminuir la dote. Finalmente, porque si marido y muger, teniendo deudas contra sí cuando se casan, deben pagarlas de su propio caudal, porque esto menos llevan al matrimonio, ¿qué razon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos, que en su utilidad hace el marido, y mas cuando si ella los hubiera hecho antes de casarse disminuirian su patrimonio, y esto menos llevaria en dote? Estas poderosas razones tienen mayor fuerza si la dote consiste en muebles y créditos; pues fuera de que ningunos frutos percibe el marido de ellos, mas suelen servirle de carga que de alivio, por cuanto tiene que responder de su valor, si fueron estimados, y en venta nunca dan por ellos ni con mucho el importe de su tasa, ni perecen para la muger, teniendo el marido con que reintegrarlos. Para obviar estas dudas y perjuicios al marido, conviene que por la escritura dotal *se obligue á responder del importe que cobre de ellos, deducidos los gastos judiciales y demas que se le causen en su esaccion, de que llevará cuenta puntual, y no en otra forma.* Con esta cláusula se evitan disputas, y por la cuenta que lleve el marido se han de abonar los gastos, quedando el resto en dote líquida, sin que haya lugar á la compensacion de aquellos con los frutos dotales.

mas, hace suyo el importe, porque se contempla fruto de dote. Pero siendo esto gravoso para el marido, creemos que solo será justo y equitativo el que si consiste la dote en pension, legado anual, ó renta vitalicia de capital puesto en otra manera semejante, solo se obligue al marido, si quisiere, á responder del importe de los diez años, en el caso, que la muger los viva, y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza, y tambien los réditos anuales al tres por ciento; respecto á querer que sea capital lo que es fruto en realidad, y constituyendo la obligacion solamente del resíduo.

246 Si es usufructo de casa ú otro edificio, debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos menores, huecos, y malas pagas, para que las otras dos sean efectivas, y dote líquida. Si son tierras, viñas ú olivares, debe observarse lo propio sin hacer mas deduccion que los gastos de cobranza y réditos espresados. Y si es empleo que el marido debe servir, se considerará por dote la mitad de la renta de los diez años, y se dejará la otra mitad por el trabajo personal de servirlo: pero si muerta la muger ha de continuar en él, serán íntegros los diez años, y podrá estipular tambien cuando se case, *que en atencion á quedar siempre vivo, ileso, y sin el menor menoscabo á la novia el derecho de percibir su renta ó pension aunque por casarse se le disminuya; que si falleciese testada ó intestada antes que el novio, no ha de ser obligado este á entregar á sus herederos legítimos ni estraños, ni estos poderle pedir jamas en juicio ni fuera de él, todo ni parte de las anualidades que haya cobrado, antes bien se han de graduar y estimar por frutos de aquel derecho, á cuyo fin se les priva de toda opcion para demandarlas; y solo en el de que el novio muera primero se han de considerar por mas dote suya, y no por frutos, y ceder en su privativo beneficio las que percibe de las pactadas, y como tales deducirse su importe de los bienes que el deje: y que lo contrario sea nulo, de ningun valor ni efecto, como practicado contra este pacto nupcial, espreso y prohibitivo.*

247 Con esta cláusula no queda el marido tan perjudicado, ni debe darle cuidado que se ecsijan ó no de su caudal las anualidades percibidas, pues lo que interesa es que no le molesten en vida por su importe; y á la mujer tampoco le irroga detrimento, porque si sobrevive al marido logra el abono de las que éste cobró; por lo que pueden convenirse en este pacto, y como justo se deberá observar.

248 Lo mismo podrá pactarse para con el legado vitalicio que le hagan durante su matrimonio, pues pactándole no se tendrá por dotal el importe de sus anualidades. Y prevenimos, que si al tiempo de casarse no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales sus frutos decenarios ni parte de ellos en concurso de acreedores del marido, porque por el mismo hecho de no haberse pactado ni obligado á su restitucion, es visto haber querido la muger que no fuesen dotales ni parafernales, sino frutos de aquel derecho.

249 El marido puede imponerse pena, para que se le ecsija en el caso de que no cumpla con la restitucion de la dote, ademas de las costas que se causen en su ecsaccion, lo cual se prueba de la ley 86, título 18, Part. 3, que trae la forma de ordenar la escritura dotal; pero esta pena, y otra cualquiera que se ponga en los contratos, no debe es-

ceder del duplo, no contando en ella su suerte principal. (Ley 10, título 5, libro 10 de Fuero Real, y 247 del Estilo.)

250 Llámase esta pena arra, es decir, señal ó prenda; y es muy diversa de las *arras ó donaciones propter nuptias*, que hace el marido á la muger, y de que hablaremos despues. Puede ser ofrecida y entregada, pero solo por un contrayente al otro, es decir, por el marido á la muger, ó por ésta ó por el que en su nombre constituya la dote, al marido.

251 Hay una notable diferencia entre la que se ofrece y la que se entrega; pues si solo se ofrece, aun cuando por culpa de alguno de los esposos no se efectúe el matrimonio, no debe ser obligado el que se retracte á satisfacerla, porque es contra la libertad del estado del matrimonio, y de apremiarle á la solucion pueden resultar graves inconvenientes, como se prueba de la ley 39, tít. 11, Part. 4.

252 Si el que promete y entrega la arra es menor, no queda obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de la *restitucion integrum*; á menos que jure, que ni por su menor edad, lesion, ni otra causa, reclamará el contrato, ni pedirá la arra, ni la relajacion del juramento, pues en este caso queda obligado á su cumplimiento; porque el juramento vigoriza y hace válido el contrato que sin él no lo es, escepto que ceda en detrimento de tercero, ó sea contra ley y buenas costumbres. (Leyes 28, tít. 11, Part. 5.ª y 6.ª, tít. 19, Part. 6.)

253 Aunque el que recibe la dote no obligue espresamente sus bienes, quedan sin embargo obligados tácitamente á su restitucion, y en el marido aun los futuros. De esta tácita hipoteca, y del privilegio que en su razon tiene la dote, trataremos en su oportuno lugar.

SECCION VII.

De la restitucion de la dote no recibida.

254 Estará el marido obligado á restituir el importe de la dote, cuando ésta consistió en créditos á favor de la muger, y aquel dejó de cobrarlos; siempre que estos hayan consistido en cosas determinadas, como ciertas alhajas, muebles, raices ó cantidad que cualquiera haya ofrecido á su muger, y él por negligencia en cobrar la deuda haya dado lugar á que el promitente se imposibilite de pagarla. En este caso deberá satisfacerla de sus propios bienes, y su pérdida es de cuenta y riesgo del marido y no del de la muger. (Ley 15, tít. 11, Part. 4.)

255 Siendo deudor de la dote un estraño, y la deuda obligatoria por proceder de contrato oneroso, v. gr., venta, empréstito de alguna finca ó alhaja de la muger, ó de contrato oneroso celebrado á su favor, ó porque su hermano estaba obligado á dotarla, (pues para este caso todos, escepto los legítimos ascendientes, se graduan por estraños), debe el marido satisfacérsela íntegramente, si por su culpa ó negligencia no la ecsigió de aquel que debió pagarla. (Dicha ley 15.)

256 No deberá el marido restituir la dote no recibida y que procede de deudas, cuando es deudor el padre ú otro ascendiente; y en este caso, aunque hubiera sido negligente en cobrarla, no será responsable, ni podrá apremiarse á él ni á sus herederos á dar el importe: porque

los hijos y yernos no deben apremiar á sus padres y suegros como á los que no lo son. (Dicha ley 15.)

257 Tampoco estará obligado el marido á restituir la dote que proceda de deuda voluntaria de un estraño, y que consista en cosa indeterminada, como cuando se ofrece dar á la muger alguna cosa ó cantidad, y dice el marido que le entregará lo que ofreció á su muger, sin señalarlo. En este caso la pérdida de la dote es de cuenta y riesgo de la muger. (La misma Ley 15.)

SECCION VIII.

De la restitucion de la dote confesada.

258 Cuanto hemos dicho en las secciones anteriores, tiene lugar en la dote numerada, es decir, en la de que consta que efectivamente recibió el marido, y en la que fué ofrecida y no entregada: en esta seccion hablamos de la confesada, que se apoya solo en la confesion del marido.

259 La confesion puede hacerse por testamento, ó por contrato entre vivos. Si se hace en testamento ú en otra última voluntad, despues de contraido el matrimonio y de tener en su casa á la muger, no es ni debe tenerse por dote; porque esta confesion, ya sea de cantidad cierta, ó de otros bienes, no prueba, antes bien se conceptúa hecha con ánimo de donar á la muger su importe, y por consiguiente como legado, que solo con la muerte se confirma; y asi aunque sea jurada no perjudica á los acreedores del confitente en sus respectivos créditos, ni tampoco á los herederos de éste, aun en sus legítimas; por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos, ú otros legítimos descendientes, y en el tercio siendo ascendientes (que es de lo que en perjuicio de ellos se les permite disponer por las leyes 6 y 28 de Toro), y por consiguiente se deducirá respectivamente de estos en cuanto alcancen, escepto cuando los interesados se convengan en que se deduzca del caudal inventariado.

260 Pero siendo estraños los herederos, se abonará del cúmulo de bienes, y no del quinto ni tercio, á menos que el testador lo mande; porque á escepcion de los dichos en el número anterior, todos los demas se graduan por estraños, aunque sean parientes, y no tienen derecho á heredarle por testamento contra su voluntad, y asi puede dejarles poco ó nada, y deben contentarse con lo que les quede.

261 Si el marido hizo la confesion de dote por contrato entre vivos disuelto el matrimonio, como no le prohibe el derecho hacer donaciones á su muger ó á sus herederos, y puede presumirse en el este ánimo, le perjudicará generalmente hablando; y estará obligado á restituir la dote, pues á ello se obligó en tiempo en que podia obligarse. (Ley 1, tít. 1, lib. 10. Novís. Recop.)

262 Pero si la hizo en fraude de sus acreedores, no prueba contra estos: cuyo fraude puede deducirse de la cualidad de las personas, cantidad que confiese haber recibido, y otras circunstancias por las que se pruebe el dolo. No perjudica al marido la confesion de dote hecha durante el matrimonio, escepto en los casos siguientes.

1.º Cuando renunció la escepcion de no haberse hecho el pago.

2.° Cuando aunque no la renunciase se pasó el tiempo de oponerla, que son dos años.

3.° Cuando hizo la confesion estando su muger presente, pues entonces prueba contra él, á lo menos para que se presuma hecha con ánimo de donar su importe á ésta ó á sus acreedores: bien que no se confirmará con su muerte en el esceso de los quinientos sueldos de oro que prefine la ley 9, tit. 4, Part. 5.

4.° Que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido (1).

SECCION IX.

De los casos en que el marido no está obligado á restituir la dote.

263 Aunque puede sentarse por regla general que el marido está obligado á restituir la dote, en la forma y tiempo que hemos visto, esta regla sin embargo tiene una modificacion y algunas escepciones, que vamos á ecsaminar. La muger ni los herederos de ésta tienen derecho á reconvenirle por mas de lo que cómodamente pueda restituir, y deben dejarle lo suficiente para atender á sus precisas necesidades, ecsigiéndole caucion juratoria de que pagará lo que falte si viniese á mejor fortuna. Este beneficio, que suele llamarse de competencia, y del que tambien gozan otras personas, aunque como privilegio parezca debia estinguirse con la persona, no es asi pues alcanza tambien á sus hijos. (Ley 32, tit. 11, Part. 4.)

264 Tampoco está obligado el marido á restituír la dote cuando tenga hijos menores; pues entonces, como legítimo administrador de sus bienes, ha de retenerlos hasta que sean aquellos capaces de gobernarse, si bien con la precisa obligacion de mantenerlos con sus frutos. Debe esto entenderse si la madre murió intestada, ó no dispuso, como puede hacerlo, de la tercera parte de sus bienes; pues si dispuso, puede obligársele á que entregue esta tercera parte á la persona á quien la mandó aquella. Y fundamos esta opinion en la ley 31, tit. 11, Part. 4, que dice, hablando del tiempo en que el marido debe restituir la dote, *que debe*

(1) Segun algunos autores, ni aun en estos casos probará la confesion del marido contra sus acreedores, si la hizo en fraude de ellos. Creemos nosotros que aun cuando los tenga, solo les perjudicará en los casos en que se hacen válidas las donaciones entre los cónyuges, que son: 1.° cuando el que hace la donacion no la revoca ni deshace espresa ó tácitamente, v. gr. dando ó vendiendo los bienes en que consiste. 2.° Cuando al cónyuge que la dá sobrevive el que la recibe. (Ley 4, titulo 11, Part. 4.ª) Pero hay motivos para dudar si no teniendo fuera de estos casos validez alguna semejantes donaciones, y pudiendo conceptuarse como tal la confesion que hace el marido de la dote, cuya entrega por otra parte no consta, le perjudicará semejante confesion, y si á su cumplimiento podrá ser apremiado por la muger ó herederos de ésta, aun cuando no quiera. Y si bien es cierto que siempre queda á la muger espedito el medio de probar que eran de su pertenencia los bienes en que consistia la dote que llevó al matrimonio, como podria acaso suceder que no consiguiese acreditarlo, y aun cuando lo consiguiese, sería dando márgen á pleitos que á toda costa se deben evitar, conviene á su seguridad que el marido otorgue en forma la carta de dote · lo que puede ser alguna vez ventajoso á éste, en el caso, por ejemplo, de tener acreedores.

ser entregada la dote ó la donacion á aquel que la debe haber si fuere cosa que sea raiz, luego que el matrimonio se departa, et si fuere de cosa mueble, fasta un año, fueras ende si lo hubieren de entregar á los fijos que non fuesen de edat, que la pueden tener el padre ó la madre fasta que sean de edat.

265 Por tres causas gana el marido la dote que su muger llevó al matrimonio, y ésta la donacion que en consideracion de él le hace su marido. La primera, cuando al tiempo de casarse pactan que si alguno de los dos muere sin hijos, herede el todo ó parte de la donacion el que sobreviva. La segunda, por costumbre: de suerte que si en el lugar de su domicilio la hay de que falleciendo uno de ellos sin hijos herede el otro lo que le donó, lo llevará aunque nada estipulen. Y la tercera, por adulterio que la muger cometa, por el cual gane el marido su dote y arras. (Ley 22, tit. 11, Part. 4.)

266 Pero en los dos primeros casos es contraria la práctica y costumbre del reino, pues nada heredan, aunque el muerto no deje sucesion, á menos de que conste espresamente de su última voluntad: y asi solo lleva la muger las arras en caso de que quepan en la décima de los bienes del marido, ó las joyas y vestido si no esceden de la octava parte de su dote: por lo que no se hacen hoy estas donaciones, y aunque se hagan no valen. Lo que dice la citada ley 25 de ganar el marido la dote de su muger, debe entenderse si no quedaren hijos del matrimonio, pues entonces les pertenecerá á estos la propiedad, y á aquel el usufructo mientras viva. (Dicha ley 25.)

SECCION X.

De los bienes parafernales.

267 Puede llevar tambien la muger al matrimonio bienes que no incluya en la carta dotal, y se llaman estos *parafernales* ó *estradotales*: *parafernales* de la palabra griega *paraferna* compuesta de *para* ademas y *pherna* dote, y *estradotales* porque este mismo nombre tenian en latin.

268 Aunque tienen estos bienes hipoteca tácita en los del marido, no gozan sin embargo, segun la opinion mas comun, del privilegio de prelacion que los dotales, como en su lugar diremos; por lo que sucede muy pocas veces en el dia, que al otorgar la carta dotal no se comprendan en ella toda especie de bienes que lleva la muger.

269 Por esta razon hablaremos ligeramente de los *parafernales*, que no tienen en nuestro Derecho otra ley que de ellos trate directamente sino la 17, tít. 11, Par. 4.

270 Segun esta ley la administracion de estos bienes pertenece al marido, si la muger se los dió con esta intencion; y no dándoselos ó no constando esta, pertenece á la muger (1).

---

(1) Nos fundamos para decir esto en las mismas palabras de la ley citada. *Et todas estas cosas, que son llamadas en griego paraferna, si las diere la muger al marido con entencion que haya el señorio dellas, mientras que durare el matrimonio, haberlo ha, bien*

271 Puede la muger enagenar sus bienes parafernales con licencia de su marido, y le es necesaria tambien esta cuando sobre ellos quiere celebrar algun contrato, en la forma que espresan las leyes 11, 12, 13, 14 y 15, de las que hablamos al tratar de los efectos civiles del matrimonio.

SECCION XI.

De las arras.

272 La palabra griega *arra*, que vale tanto como señal ó prenda, se ha tomado entre nosotros en diversos sentidos, pues con ella se ha significado la prenda que se dan los contrayentes para el mejor cumplimiento de un contrato, como puede verse por lo que sobre esta dijimos en la dote; y tambien las donaciones que el esposo hace á la esposa por razon del casamiento. (Ley 1, tít. 11, Part, 4.)

273 A estas llamaron con mas frecuencia las leyes de Partida *donaciones propter nuptias*; pero las de Toro aplicaron este nombre á las que hacian los padres á los hijos, en consideracion al matrimonio de estos, y asi se llaman tambien en el dia.

274 Siguiendo el método que nos hemos propuesto, trataremos en este lugar de las arras como bienes que se ganan por razon del casamiento, y para la debida claridad reservamos este nombre de arras á las donaciones que hace el esposo á la esposa, regularmente en consideracion de la dote (ley 2, tít. 11, Part. 4), y llamamos *sponsalitia largitas ó vistas* á las que hace francamente sin otro objeto que el de engalanar á la novia. (Ley 3, dicho tít. y Part.) Hablaremos por último de lo que ésta puede donar á aquel.

275 Al tratar de las arras se ecsaminará: qué personas pueden ofrecerlas; á quiénes se pueden ofrecer; hasta qué cantidad; cómo debe entenderse la oferta cuando preste motivo para dudar lo pactado en las capitulaciones matrimoniales; en qué bienes pueden constituirse;

---

asi como las quel dé por dote. Et si no la diere al marido señaladamente, nin fuese su entencion que haya señorio dellas, siempre finca la muger por señora dellas; eso mismo serie cuando fuese en dubda si las diere al marido ó non. Pues si bien es cierto que usa esta ley de la palabra dominio, no ha de entenderse el irrevocable, sino el que tiene el marido en la dote, como ella misma lo manifiesta, y mas si se atiende á que la ley 7 llama al marido *señor et poderoso de la dote*, queriendo con esto dar á entender que puede administrarla libremente. Las palabras *mientras durare el matrimonio*, manifiestan tambien que habla de la administracion; y por último la hipoteca tácita de que gozan estos bienes en los del marido, si los enagena ó malgasta, no dejan duda alguna de que no adquiere en ellos dominio irrevocable; pues si lo adquiriese dejarian de ser parafernales y se convertirian en la donacion que puede la esposa hacer al esposo por razon del casamiento, de la que luego hablaremos. Asi que, en esta especie de bienes tiene el marido los mismos derechos y obligaciones que en los dotales, cuando se los entrega la muger con esta intencion (dicha ley 17), y por consiguiente le corresponde en este caso su administracion, que pertenece á la muger cuando no se los dió ó hay duda en esto. No creemos que esta ley se halle derogada por la 7, tít. 2, lib. 10, Novísima Recopilacion, por la que se autoriza al menor para que pueda en entrando en los 18 años administrar sin necesidad de vénia su hacienda y la de su muger: pues esta ley, que se dió con el solo objeto de estimular al matrimonio, no altera lo dispuesto en las anteriores, y solo da facultad al menor para hacer lo que no podria hasta que fuese mayor de 25 años, ú obtuviese vénia de edad.

con qué limitaciones las administra el marido; cuándo y cómo las gana la muger: reservando para el tratado de particiones la manera de hacer su deduccion, por escusar repeticiones que de otro modo serian indispensables en aquel lugar, que es el que juzgamos oportuno para esto. Pueden ofrecerse, darse ó aumentarse las arras antes y despues de verificado el matrimonio, pues su constitucion no es donacion simple, sino *propter nuptias.* (Ley 1, dichos tít. y Part.)

276 No solo puede hacerlo el esposo mayor de 25 años, sino tambien el menor de ellos, sin que por esto deba ser restituido, porque hace lo que cualquiera mayor y prudente.

Lo cual se entiende: 1.° cuando no tiene curador, pues teniéndolo ha de intervenir su autoridad, y de lo contrario sería nula la donacion y promesa, escepto que se confirme por su silencio despues que llegue á la mayor edad. 2.° Cuando la donacion consiste en dinero ó en cosas que guardándolas no pueden conservarse; pues consistiendo en bienes raices, no basta la concurrencia de su curador, por ser indispensable la licencia ó decreto judicial: bien que si este no interviene, y pasan cuatro años despues de haber cumplido el menor los 25 sin reclamarla, se confirma y queda eficaz, al modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por título oneroso.

277 No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera, sino tambien cuando es viuda, sin diferencia; porque no se deben por derecho, sino por pacto voluntario y contrato celebrado entre los dos, que debe observarse, por no haber prohibicion de que se las den ú ofrezcan.

278 Aunque la ley 3, tít. 2, lib. 3. Fuero Real, hace mencion de la manceba (que entonces llamaban así á la que ahora doncella ó soltera), no debe entenderse que por esto quiso escluir á la viuda, sino que puso esta palabra, porque casándose mas solteras que viudas, se ofrecen con mas frecuencia á aquellas. Pero debe advertirse, que teniendo la muger hijos de dos ó mas maridos, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro la ofreció, sino llevar cada uno las prometidas por su respectivo padre, como lo ordena la ley 1, tít. 2, libro 3, Fuero Real, que dice: *é si la muger obiere fijos de dos maridos, ó de mas, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre; de guisa que los fijos de un padre no partan las arras que dió el padre de los otros* (1).

279 Casándose el marido muchas veces, puede ofrecer en arras á cada una de sus esposas la décima parte de lo que le haya quedado, despues de deducidas por su órden las anteriores.

280 El esposo puede ofrecer arras á su esposa; pero no está obligado á hacerlo, como algunos piensan, antes bien la escesiva liberalidad que tienen aquellos en el momento de enlazarse con el objeto de su cariño, ha sido severamente reprimida por las leyes.

---

(1) Solo apuntamos esta idea, que tendrá la debida esplanacion cuando tratemos de la obligacion que tiene el cónyuge que sobrevive, de reservar para los hijos de aquel matrimonio lo que adquirió del cónyuge que murió antes; y entonces analizaremos tambien otros casos que sobre esto puedan ocurrir.

281 La ley 1, tít. 2, lib. 3, del Fuero Real, si bien permite que el novio pueda dar ú ofrecer á la novia la décima parte de sus bienes por via de arras, no quiere que escedan estas de dicha cantidad, y estiende esta prohibicion al padre ó madre del novio: *é si el padre ó la madre quisiere dar arras por su fijo, no pueda dar mas del diezmo de lo que puede heredar de ellos.*

282 Esta ley no se puede renunciar, y el escribano que autorice instrumento con esta renuncia incurre en perdimiento de su oficio, del cual no puede usar mas, so pena de falsario. (Ley 50 de Toro 1, tít. 3, lib. 10, Novís. Recop.) Debe esto entenderse aun cuando la promesa se corrobore con juramento, pues este podrá dar mayor válidez á un contrato que por derecho sea válido; pero de ningun modo al que es nulo como opuesto á una ley prohibitiva, por la utilidad pública. Por la ley 7 del mismo título y libro se manda, que el Consejo de Cámara no tenga facultades para dispensar la observancia de la del Fuero, y que para que se cumpla esta con toda esactitud, *el escribano ante quien se otorgaren las escrituras, tenga obligacion de dar cuenta de los tales contratos á la justicia del lugar donde se hicieren, y el escribano de ayuntamiento tenga un libro donde se tome razon de dichos contratos y de la cantidad, dote y arras, y la justicia haga averiguacion si esceden estas de la cantidad prefijada, y ejecute la pena y aplicacion hecha para la Cámara* (1).

283 La décima parte, que puede el esposo dar ú ofrecer en arras á la esposa, debe entenderse no solo de los bienes que tenga al tiempo de la celebracion del matrimonio, sino tambien de los que en adelante pueda adquirir; pues se lo permite la ley 2, tít, 2, lib. 3, del Fuero Real.

---

(1) Si atendemos á los términos energicos en que se esplican las citadas leyes, no podemos admitir la opinion tan estendida entre los autores, de que puede el novio ofrecer en las capitulaciones matrimoniales, el quinto de sus bienes, no por via de arras, sino para que lo adquiera como mas haya lugar en derecho. Fundan esta opinion, en que para percibir el todo ó la mitad como arras, y la otra mitad como legado del quinto, competen á la muger dos acciones, que aunque diversas, son compatibles; en que estando permitido por la ley 28 de Toro el disponer del quinto por contrato ó en última voluntad, y no prescribiendo en qué contrato ha de ser, puede hacerlo en el de casamiento, pues no le está espresamente prohibido. Pero cualquiera conocerá que ninguna de estas razones son concluyentes, y que debemos por tanto atenernos al espíritu de la ley. Si usó ésta de la palabra arra, fue porque tienen este nombre las donaciones que se hacen al tiempo de celebrarse el matrimonio; pero nadie con verdad puede decir, que estuvo en su mente el autorizar al esposo para que favoreciese por otro título á la esposa en mas que en la décima parte de sus bienes; pues para prohibirle esto, se atendió á la falta de libertad en que se halla en aquel momento, preocupado de su pasion, y al perjuicio que á los hijos que nazcan podrá seguírseles; y no se conseguiría esto, si estuviese en su arbitrio el defraudar una ley, cuya infraccion está prohibida con tan severas penas.

Y no vale el decir que pudiendo disponer del quinto de sus bienes en cualquiera especie de contrato, puede hacerlo en el de casamiento; pues para impedírselo en éste ha habido razones especiales: ni compéten á la esposa dos acciones que no son incompatibles, pues si bien tiene una para pedir lo que el esposo la ofreció en arras, no puede competir la otra para percibir lo que le prohibe el Derecho que perciba.

284 Deben entenderse ofrecidas las arras en los términos en que lo fueron en las capitulaciones matrimoniales, y entonces pueden ponerse cualesquiera especie de condiciones que no estén espresamente prohibidas por Derecho.

285 Por lo que si al tiempo de ofrecerlas espresa el esposo: *que en el caso de que su esposa muera antes que él ha de entenderse nula la oferta, y no podérsele ecsijir su importe aunque deje herederos forzosos: ó siendo viudo y teniendo hijos del anterior matrimonio dice, que si su esposa falleciere antes que él, se entienda nula la oferta, y no pueda pedírsele jamas su importe, por los herederos legítimos ni estraños que instituya, y solo por muerte tengan derecho á él los hijos que procreare en ella*; estos pactos ó cualquiera otro de los permitidos, deberán observarse, pues las arras se consideran como una donacion, y en estas es libre el donante de imponer las condiciones que le parezcan.

286 Ofreciendo el novio á su futura esposa cantidad cierta en arras confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres que entonces tiene, ó en otro caso haciéndole la consignacion en los que en adelante adquiera; aunque no cupiese en ella cuando contrajo matrimonio, si al tiempo de su disolucion tiene cabimiento, se la debe aplicar ó lo que de ella quepa, al modo que cuando ninguno tiene y le ofrece la décima de los que adquiera.

287 Pero si en la escritura de promesa no habló de sus bienes presentes ni futuros, y solo dijo simplemente que ofrecia en arras á su esposa tanta cantidad, y al tiempo que se la prometió no cabia en la décima de sus bienes, ó por ser pobre ningunos tenia, no valdrá la oferta en la décima de los que despues adquirió; pues en los contratos siempre se presume que cada uno quiere gravarse, y á su heredero, en lo menos que pueda.

388 Esto se ha de entender aun cuando para el cumplimiento de la promesa obligase sus bienes presentes y futuros; porque estas palabras que suelen ponerse en todos los contratos se refieren á la seguridad y mejor ejecucion de ellos, pero en manera alguna deben servir para alterar lo pactado, ampliándolo contra la espresa voluntad de los contrayentes (1).

389 Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, ya sea porque realmente no la llevó, ó porque aun-

---

(1) Ofreciendo el novio á la novia la décima parte de sus bienes libres en inteligencia de que eran suyos porque los poseia por tales con buena fé, si despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños, ¿podrá la muger pedir como arras la décima parte de los que se la ofrecieron, ó solo la de los que quedaron? Se hallan en esta cuestion divididos los AA. Juzgan algunos que solo tendrá cabimiento la oferta en la décima de los que realmente quedaron, porque el marido no pudo hacerla de otros que de aquellos en que tenia pleno dominio; y siendo como es constante que la décima se entiende y debe deducirse de lo líquido y efectivo del caudal del promitente, bajadas deudas, por no llamarse ni ser suyo lo demas, se sigue que verificándose luego no serlo los que su legítimo dueño reivindicó y quitó al novio, no debe llevar décima de ellos la novia. En mayor número otros AA. piensan que puede llevar ésta la décima de todos los que se le ofrecieron, y fundan su opinion: 1.° En que en el nombre de bienes se incluyen y comprenden los que poseemos con buena fé, aunque sean agenos. 2.° En que por la

que parezca importarla en los bienes en que consiste, segun su valuacion, resulta lesion en esta, como regularmente acontece, ó por otro medio se verifica engaño, no está obligado á pagarla enteramente lo que en inteligencia de la dote que prometió llevar le ofreció en arras ó por aumento de dote; y asi le competirá escepcion de retencion de ello hasta en la cantidad en que fué engañado por el dolo cometido.

390 Pero debe esto entenderse cuando la oferta se hizo en consideracion á la dote, mas no cuando en atencion á sus buenas prendas, como regularmente se hace; y asi tendrá derecho á ellas en este caso, hasta en lo que quepan arregladas á la ley del Fuero, aunque no se verifique la promesa ó ninguna dote lleve, pues á cuanto se obligue el hombre á tanto queda obligado, y su voluntad se debe observar en cuanto no se oponga á las leyes.

391 Aunque el novio no tenga bienes libres cuando se casa, puede ofrecer arras á la novia; no de los vinculados ni de los sujetos á restitucion, sino de su usufructo ó aprovechamiento. Para hacer esta regulacion se tendrá presente su líquido efectivo producto anual, deducidos los gastos, y lo que podrá vivir el novio segun su edad y robustez; y atendido esto, se formará un capital al modo del censo vitalicio personal, y como si fuera de renta vitalicia, al respecto del interés que tienen los censos por una vida. Por ejemplo: producen los bienes 8000 rs. anuales líquidos, y se calcula que el marido puede vivir 10 años, que por 8000 en cada uno, componen 80000 rs. los réditos ó renta de los 10: en este caso se forma capital de 8000, que son la décima de los 80000: los que si quisiere, podrá prometer por via de arras á su muger futura; y si se conceptuare que puede tener vida mas larga, podrá ser mayor la promesa, proporcionalmente.

392 Lo mismo podrá practicar con otra renta, encomienda ó pension vitalicia de que goce, y con las preseas y vestidos que dé á la novia; advirtiendo que la cuota de estas no debe esceder de la octava parte de la dote.

393 Si el novio no viviere el tiempo regulado, deberá contentarse la novia con la respectiva parte que quepa en el que vivió aquel, porque no pudo ofrecerla mas arras antes ni despues de casarse; escepto que en este intermedio adquiera otros en que quepa lo ofrecido, y los obligue tambien á su satisfaccion, pues en este caso lo deberá percibir de to-

---

oferta pudo condescender la novia en casarse, lo que tal vez no haria á no intervenir, y no es justo sea defraudada. Sin embargo de que puede parecer que tienen alguna fuerza estas razones, nos inclinamos á creer que no puede en el caso en cuestion pedir la muger mas de la décima parte de los bienes que realmente quedaron á su marido, pues á cuanto esponen los AA. que sostienen esto mismo, se agrega la consideracion de que no debe entenderse obligado el esposo sino en lo que realmente se obligó; y como el error impide el consentimiento, si lo padeció de buena fé al ofrecer las arras, en ninguna manera debe perjudicarle, pudiendo decirse con toda verdad que su intencion fué hacer la promesa de los bienes que le pertenecian y no de otros. Y si se dijese que este error tampoco debe perjudicar á la muger que celebró el matrimonio, atendiendo á la promesa que se la hizo, puede á esto responderse, que las mas veces no se tiene esto en cuenta, y que nunca debe tenerse como objeto principal, por ser mas elevados los fines del matrimonio.

dos la esposa: pero si de otra parte tuviere el marido bienes en que quepa todo su importe, se le dejará íntegro á ésta.

394 La administracion de las arras pertenece al marido durante el matrimonio; pero por cuanto adquirió derecho la muger desde el momento en que se le prometieron, no podrá aquel enagenarlos ó disiparlos en manera alguna, ni aun con consentimiento de esta. (Ley 4, tít. 3, lib. 3, Fuero Real.)

395 Cuando el esposo ó marido no quiera ó no pueda ofrecer arras á su esposa ó muger, puede darle joyas para su adorno; cuya donacion se llama en latin *sponsalitia largitas*, y entre nosotros vistas, y se diferencian de las arras en que estas regularmente se ofrecen y no se dan, y las joyas se dan francamente por el novio á la novia antes de casarse. (Ley 3, tít. 11, Part. 4.)

396 El importe de todas estas cosas juntas no debe esceder del de la octava parte de la dote verdadera, numerada y no confesada. Todos los contratos, pactos y promesas que en contrario se hicieren son nulos, y el esceso se debe aplicar al fisco. No se puede renunciar la ley que lo ordena, y el escribano ante quien se otorgue la escritura tiene obligacion de dar cuenta del tal contrato á la justicia del lugar en que se celebrare, y éste de ejecutar la pena y su aplicacion (Leyes 6, 7 y 8, tít. 3, lib. 10 Novís. Recop.)

397 *Los mercaderes, plateros y longistas ni otro género de personas, por sí ni por interposicion de otras, pueden en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercaderías ni géneros que dieren al fiado para bodas á cualquier persona, de cualquier estado, calidad ó condicion que sean.* (Ley 2, tít. 8, lib. 10, Novís Recop.)

398 Disuelto el matrimonio por muerte de alguno de los cónyuges ó en cualquiera de los casos en que gane el marido la dote, puede pedir la muger ó sus herederos las arras que se le ofrecieron, ó la donacion de que acabamos de hablar, pero no ambas cosas pues se lo prohibe la ley 3, tít. 3, lib. 10, Novís. Recop., que fija el tiempo en que se debe hacer esta eleccion. *Pero si cualquier de ellos muriese despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que siendo desposados le hubo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio; pero si arras hobiere, que sea en escogimiento de la muger ó sus herederos, ella muerta, tomar las arras ó dejarlas, y tomar todo lo que el marido le hobo dado siendo con ella desposado; lo cual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y sino escogieren dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan.* Despues de haber elegido no podrán variar, escepto que la eleccion no haya tenido efecto por alguna causa. (Dicha Ley.)

399 Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso los vestidos que su marido le dió estando desposados, ¿podrá ó sus herederos dejarlos, y elegir y percibir las arras que le prometió? Aunque parece que no, porque en esta eleccion se defrauda á los hijos y herederos de su marido, lo contrario es lo cierto; y asi, puede elegirlas, porque se lo permite la citada Ley 3, y en usar de su derecho á nadie injuria ni defrauda. (Ley 14, tít. 34, Part. 7.) No estará obligada, como algunos piensan, á volverlos en el mismo estado en que los recibió ó el

importe de su deterioro, porque á no haberlos usado, como es un deber del marido el vestirla segun su rango y caudal, hubiera tenido que darle otros.

400 Cualquiera esposa de presente ó de futuro, disuelto el matrimonio, gana y debe llevar la mitad de todo lo que antes de consumarlo le dió su marido, si la besó despues de desposada; ya sea ó no precioso, preceda ó no el beso á la donacion, y esto se haga á la novia en su casa antes ó al tiempo de la boda ó velacion: pero si la besó antes del desposorio, nada ganará, porque el beso anterior está prohibido. Si el marido no la besó, nada gana ni debe llevar, antes bien todo debe volver á los herederos de éste; ni tampoco cuando por su culpa no se celebró el matrimonio. (Ley 8, tit. 11, Part. 4.)

401 Todo esto debe entenderse no solo cuando la esposa es doncella, sinó tambien cuando es viuda; ya porque la ley no distingue, pues dice *cualquiera esposa de presente ó de futuro*, ya porque en esta se debe suponer igual pudor y honestidad que en aquella, y por consiguiente queda avergonzada con el ósculo recibido, motivo que tuvo la ley para conceder á la esposa la mitad de lo que el esposo le dió. (Ley 3, tít. 11, Partida 4 (1).

Asi como el esposo puede ofrecer arras á la esposa, puede tambien esta, siendo mayor de 25 años y libre, ofrecer dotacion á aquel, pues ninguna ley se lo prohibe; y queda obligada al cumplimiento de su promesa. (Ley 1, tít. 1, lib. 10, Novís. Recop (2).

SECCION XII.

De los bienes comunes á ambos cónyuges.

402 Por disposicion de las leyes se efectúa en España, como consecuencia del matrimonio, una sociedad entre los cónyuges, en virtud de la cual se hacen propios de ambos por mitad los bienes adquiridos du-

(1) En el dia apenas tendrá aplicacion lo espuesto en este número y en el anterior, pues no permiten nuestras actuales costumbres que se den semejantes ósculos, tan frecuentes en otro tiempo.

(2) Piensan algunos AA. que esta donacion no debe esceder de la cantidad que para hacer la suya se prefija al novio; y se fundan, en que por ser correlativos marido y muger, se deben entender con ambos las leyes que hablan con el uno en igual caso y circunstancias, por identidad de razon. Pero no hay ley ninguna que probiba á las mugeres hacer estas donaciones, ni por consiguiente que ponga tasa á lo que han de donar; y esto ha podido ser porque segun la ley de Partida, son naturalmente *cobdiciosas et avariciosas*, y se mueven pocas veces á hacer donaciones al esposo. (Ley 3, tit 11, Part. 4.) Por lo que juzgamos que valdrá la oferta que haga al novio en cualquiera cantidad, con tal que se arregle á lo que tiene prescrito el Derecho, como veremos al tratar de las donaciones. Si la esposa diere algo al esposo de futuro, y falleciere antes que el matrimonio se celebre, debe aquel volver lo donado á los herederos de ella, la haya besado ó no (Ley 3, tít. 11, Partida 4); pero no está obligado, si se consumó el matrimonio, pues con este se confirma la donacion. (Ley 3, tit. 2, lib. 3, Fuero Real.) Por último, debemos advertir, que no puede la novia repetir del novio la dote que le dió, si sabia que tenia algun impedimento para casarse con él y él lo ignoraba. (Ley 50, tít. 14, Part. 5): y que si ambos eran sabedores del impedimento, todo lo que mútuamente se diesen lo perderán y se aplicará al fisco; pero no si fuesen menores de edad, pues les sirve esto de escusa. (Ley 51, tit. 14, Part. 5.)

rante el mismo por título oneroso, ó con los réditos de los que cada cónyuge llevó, ó por la industria ó trabajo de cualquiera de ellos. A esta comunion de bienes se llama *sociedad legal*, y á los productos que de ella resultan bienes *gananciales* (1).

403 Laudable fué sin duda el objeto que los legisladores se propusieron, al establecer esta comunion de bienes entre los cónyuges, los cuales por ella se interesan mas en el aumento de las cosas de su casa, las miran con mayor afecto, y trabajan con mas ahinco por su conservacion y mejoras.

404 Las leyes que han establecido esta sociedad, han fijado tambien los bienes que á ella pertenecen, los que adquiere para sí cada cónyuge, los derechos de estos mientras dura, las cargas de la sociedad, y los casos en que no tiene lugar; todo lo cual es objeto de esta y las siguientes secciones.

405 Pertenecen á la sociedad legal los bienes que ecsisten en poder de los cónyuges, siempre que no conste que uno de ellos los llevó al matrimonio ó los adquirió para sí durante el mismo; ya provengan de adquisicion por contrato celebrado por solo uno de los cónyuges, ya del trabajo de los dos, ya de los frutos de aquellos bienes que ambos llevaron al matrimonio: lo cual tiene lugar mientras subsiste la union de ánimos entre ambos cónyuges, aunque por causas especiales no vivan en un mismo pueblo; y aunque el uno no participe del trabajo, participará de las utilidades, por ser este el objeto primario de la sociedad. (Ley 4, tít. 4, lib. 10, Novís. Recop.)

406 Son bienes gananciales: 1.º Los que adquiere el marido ó la muger en razon del usufructo de alhajas ó fincas que uno de ellos llevó en propiedad al matrimonio, y durante éste se consolidó con ella, por haber fallecido el que la usufructuaba ó por otra causa ó motivo, pues se conceptúa haberla llevado en propiedad y usufructo: 2.º Los que entrambos cónyuges compran durante su matrimonio con el dinero comun. 3.º Los que compra el marido por sí solo ó la muger con su licencia tácita ó espresa, ya sea con el dinero comun, ya con el de cualquiera de los dos. 4.º Los frutos de la parte de herencia ó legado adquirido por uno de ellos, aun cuando no se hayan recibido hasta despues de su muerte y haya habido litigio sobre la validacion del legado ó division de la herencia; debiéndose contar como pertenecientes á la sociedad, no solo los frutos percibidos, sino tambien los pendientes que hayan aparecido en los árboles y viñas, y los gastos hechos en los sembrados para barbechar y demas cosas necesarias á la cosecha. 5.º Los frutos de las cosas litigiosas adjudicadas á uno de los cónyuges despues de su muerte, despues de la cual pertenecerán estas á los hijos del primer matrimonio, y de aquellos la mitad al cónyuge que sobrevive y la otra mitad á los hijos de aquel matrimonio. 6.º El valor de los oficios enagenados de la Corona que durante el matrimonio hayan comprado los cónyuges, aun cuando aquel se haya aumentado. 7.º Las donaciones

(1) Ha variado nuestra legislacion en cuanto al modo de distribuirse los bienes gananciales entre los cónyuges: pues por una ley del Fuero Juzgo se dividia á prorata de lo llevado por cada uno, pero en el dia se dividen por igual.

remuneratorias hechas por servicios prestados por ambos. 8.° Los salarios y estipendios que el marido gana por sus destinos ú oficio. 9.° Lo que el marido adquiere en la guerra. 10. Los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera de ellos que provengan de su industria ó trabajo. 11. El precio de la finca que recupera el marido en virtud del del pacto de retrovenderla. (Leyes 1, 2, 5, tít. 4, lib. 10, Novísima Recopilacion; y ley 10, *tít.* 4. lib. 3 del Fuero Real.)

407 Ademas de ser propios de cada uno de los cónyuges los bienes que llevó al matrimonio (escepto en los pueblos en que está vigente el Fuero de Bailio, en los cuales se comunican por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentran á la muerte de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna, todo lo cual tiene lugar si no hubiera intervenido pacto en contrario) hay otros bienes, que aun adquiridos despues, pertenecen á aquel de quien eran antes. Tales son: 1.° Los heredados por testamento ó abintestato, donados ó legados individualmente, de cualquiera clase que sean: 2.° Los adquiridos por compra con el precio del fundo de uno de los cónyuges, con el objeto de subrogarlos á otros, los cuales serán del mismo que era dueño de los anteriores, sea mayor ó menor su valor: 3.° Los permutados por otros para subrogarlos, que pertenecerán tambien al dueño de los que se enagenaron: 4.° Las fincas compradas por el marido con el dinero dotal, con consentimiento de su muger, á la que pertenecerán como cosa propia, por haberse adquirido con su dinero: 5.° El derecho de usufructo concedido á uno de los cónyuges, que es puramente personal: 6.° El aumento que reciban las cosas de cada uno de los cónyuges sin que intervenga industria ni trabajo del otro: 7.° Las donaciones remuneratorias hechas á uno de los cónyuges por servicios prestados individualmente por él: 8.° Las donaciones Reales hechas á cada uno de los cónyuges, ya consistan en utilidad, ya en honor: 9.° Las donaciones hechas por los consanguíneos de un cónyuge al otro por contemplacion á aquel solamente, ó de cosas que sean propias del secso de aquel á quien se hace la donacion, con tal que el matrimonio se haya consumado, y las hechas á cada uno por sus consanguíneos ó amigos. Y finalmente las donaciones hechas á uno haciendo espresion del otro; las hechas por costumbre, y aquellas en que consta la voluntad de los donantes. (Leyes 1, 2, 4, tít. 4, lib. 3, del Fuero Real; y 9, 11 del mismo título y libro.)

SECCION XIII.

De los derechos y cargas de la sociedad conyugal.

408 La comunion de bienes que por beneficio de la ley gozan los cónyuges durante el matrimonio, es la causa de que ambos sean dueños y poseedores de los mismos; aunque las leyes hayan concedido al marido su administracion. El buen órden ecsige, que el marido, por sus conocimientos y demas circunstancias que las leyes suponen en él, tenga la direccion de la sociedad; y de aqui se origina que éste pueda hacer ciertas cosas prohibidas á su muger: de donde nacen los derechos que goza el marido de administrar todos los bienes ga-

nanciales libremente y sin restriccion alguna, pudiendo enagenarlos sin el consentimiento de la muger, y sosteniéndose la enagenacion mientras no se pruebe haberla hecho con ánimo doloso de defraudarle ó perjudicarle directamente en sus intereses. (Ley 4, tít. 3, libro 10, Novís. Recop.)

409 Es tan ámplia la facultad que las leyes conceden al marido en esta parte, que se tienen por válidas las enagenaciones hechas por él, aun cuando lo hubieran sido para gastar su producto jugando ó viviendo viciosamente.

410. La facultad de enagenar que las leyes conceden al marido, solo tienen lugar durante el matrimonio. Está prohibido al marido disponer por testamento de la parte de bienes gananciales pertenecientes á la muger. Puede el marido hacer donaciones de los bienes gananciales, observándose en ellas lo que hemos dicho acerca de las enagenaciones; aunque por la dificultad que ofrece el indagar si ha sido movido ó no á donar por perjudicar á la muger, creemos que debe sostenerse la opinion de aquellos autores que afirman absolutamente ser válidas las donaciones hechas por el marido. Puede tambien el marido durante el matrimonio negociar y especular con los bienes de la sociedad, la cual sufrirá las pérdidas que por ambos conceptos se siguiesen. (Dicha ley.)

411 Los derechos de la muger á los bienes que son producto de la sociedad conyugal, están limitados al dominio y posesion revocable, siempre que el marido quisiera disponer de ellos para los objetos indicados en el número anterior; á la facultad de renunciar á la mitad que le corresponde, y á la de no estar obligada á la fianza que su marido haga. Por esta razon le estan prohibidas á la muger las donaciones de los bienes gananciales, y cualquiera otra sin licencia de su marido, escepto cuando las hiciere de sus bienes parafernales estradotales, no entregados al marido; ó solo para socorrer alguna necesidad urgente; ó de aquellas cosas que su marido le señalare con el título de *alfileres*.

412 Las cargas de la sociedad conyugal pueden dividirse en dos clases: unas durante la misma sociedad; otras con relacion á las obligaciones que con sus productos han de satisfacerse despues de disuelta. A las primeras pertenecen los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y familia, el dote dado á las hijas, y las donaciones *propter nuptias* hechas á los hijos, que deben sacarse de los gananciales, no solo cuando ambos cónyuges las prometieron, sino tambien cuando la promesa fuera hecha solo por el marido; y en el caso de que los bienes gananciales no fuesen suficientes para cubrir lo ofrecido, deberá hacerse de los bienes de ambos cónyuges por mitad, si ambos prometieron, y de los del marido si él solo lo hubiera hecho. (Ley 4.ª, tít. 4, libro 10, Novís. Recop.)

413 Disuelta la sociedad, opinan algunos que deben cubrirse con los bienes gananciales estas mismas dotes y donaciones hechas por un cónyuge despues de muerto el otro, y que por consiguiente son cargas de la misma; aunque en nuestro concepto es mas cierta la opinion contraria, fundada en que disolviéndose la sociedad por la muerte de uno de los cónyuges, cesan todas sus consecuencias. La única carga

á que están sujetos los bienes gananciales despues de la muerte de uno de los cónyuges, es el pago de las deudas contraidas durante el matrimonio por cualquiera de estos, siempre que provengan de negocios de la misma sociedad y no privativo suyo.

SECCION XIV.

De los casos en que no se comunican los bienes gananciales, y de aquellos en que los cónyuges los pierden.

414 Como cada regla general padece sus limitaciones ó escepciones, tambien las padece la de que los bienes adquiridos durante el matrimonio se comunican igualmente á los cónyuges. En todos los casos que esto suceda, queda disuelta la sociedad conyugal. No se comunicarán:

1.º Cuando despues de casada la muger, permanece en casa de sus padres sin cohabitar con su marido.

2.º Cuando marido y muger se separan recíprocamente por alguna causa, con legítima dispensa, pues entónces cada uno hace suyo privatimente lo que adquiere despues de la separacion; ya porque por el hecho de estar separados por juicio de la iglesia se consideran como si no fueran marido y muger, y por consiguiente no versa motivo alguno de los que tuvo la ley para conceder á la muger la mitad de las ganancias, ya porque como viven separados lo están tambien sus bienes, y faltan la voluntad, union, sociedad y trabajos de ambos para ambos. (Ley 1, tít. 4, lib. 10, Novís. Recop.)

3.º Cuando voluntariamente se separan por haber hecho voto de castidad.

4.º Si se declara nulo el matrimonio.

5.º Renunciando la muger mayor de 25 años, antes del matrimonio ó durante el mismo.

415 Perderán los gananciales:

1.º La muger si es adúltera, ó si contra la voluntad de su marido va á casa de hombres sospechosos, en cuyo caso se supone serlo ella; á no ser que su marido la perdone, y vuelva á su compañía. (Leyes final, tít. 2, del Fuero Real; 23, tít. 11, Part. 4; 15, tít. 17, y 6, título 25, Part. 7).

2.º Abandonando nuestra religion, cualquiera de los cónyuges.

3.º Cuando una viuda vive escandalosamente, en cuyo caso debe restituir los bienes á los herederos de su marido.

4.º Cuando los ha renunciado la muger, siendo viuda y mayor de 25 años (1).

---

(1) Febrero en el capitulo 4.º de la parte segunda, habla largamente de los gananciales; pero como su objeto principal es tratar del modo de distribuirse los bienes que quedan á la muerte de los cónyuges, y nosotros estamos persuadidos de que en el tratado de particiones habia de ser preciso, reproducir cuanto dijésemos sobre esta materia, para evitar prolijas repeticiones que á nada pueden conducir, omitimos para aquel título cuanto puede decirse acerca de ella.

Capitulaciones matrimoniales.

416 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y competente número de testigos, don Pedro y doña Juana de tal, su muger, y don Francisco, su hijo; don Diego y doña Elena, consortes, y doña Maria, su hija, de estado soltera, (ó viuda), naturales y vecinos de esta, y mayores de edad, y las referidas doña Juana y doña Elena en uso de la licencia marital prevenida por la ley 55 de Toro, que pidieron á sus respectivos maridos, y estos les concedieron para formalizar este instrumento, de que doy fé, dijeron: que tienen tratado que los mencionados sus hijos contraigan matrimonio; y habiendo determinado darles diferentes bienes, á fin de que puedan desempeñar las obligaciones de su estado, para que tenga efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontánea voluntad otorgan; que pactan y estipulan lo siguiente:

Que los mencionados don Francisco y doña Maria se han de casar en tal dia por palabras de presente, precediendo las solemnidades que el santo concilio de Trento previene; para lo cual los espresados don Diego y doña Elena prometen su hija por esposa y muger al citado don Francisco: y estos á mi presencia, se dan mútuamente palabra de futuro casamiento, de que doy fé, y se obligan á no retractarse ni contraer esponsales con persona alguna, sin prévio consentimiento por escrito del otro contrayente; y con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fé, se imponen la pena convencional de tantos reales, para que el que falte á su cumplimiento los satisfaga al otro; y mediante la espresada licencia que los referidos don Pedro y don Diego han dado á sus hijos para imponerse pena por su contravencion, y en atencion á que estos ningunos bienes tienen al presente, quieren que se practiquen con ellos, y no con sus hijos, todas las diligencias concernientes á su esaccion, constituyéndose á este fin pagadores principales.

Los espresados don Pedro y doña Juana darán al citado don Francisco, su hijo, tanta cantidad en tales especies, á cuenta de sus lejítimas; y los dichos don Diego y doña Elena, á su hija doña Maria, tanta en dote con la misma calidad, en dinero y bienes muebles; una y otra para ayudar á sostener las cargas matrimoniales: cuyas cantidades y bienes se obligan á entregarles para tal dia, víspera del de su casamiento, con la circunstancia de que no haciéndolo así, ninguno de sus hijos ha de ser compelido á casarse; y si por algun accidente no pudiere efectuarse la entrega, queda á eleccion de estos el cumplir ó no la palabra dada.

El mencionado don Francisco, atendiendo á la honestidad, virtudes y loables prendas que adornan á su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, le ofrece por aumento de dote, ó en arras, segun le sea mas útil, si llegare á efectuarse su casamiento, tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los cuales y en los demas que adquiriese

durante el matrimonio, se la consigna á su eleccion, y quiere que goce del privilegio que á esta donacion concede el derecho.

Ha de otorgar á favor de su futura esposa carta de pago y recibo, asi de los bienes que sus padres le han ofrecido en dote y le entreguen, como de los demas que lleve á su poder y le regalen otras cualesquiera personas, previniéndolo con toda claridad, distincion y separacion, para que si sobreviviere á sus padres, no esté obligada á traer á colacion y particion con sus hermanos mas cantidad que la que le han prometido y dado de su propio caudal, y en dicha carta reiterará la donacion que le ha hecho: á todo lo cual se obliga en forma, como igualmente á formalizar á su favor escritura de aumento de dote, en el caso de que sus padres mueran, de lo que por su fallecimiento le toque; á fin de que se sepa el importe de su legítimo haber, no sea perjudicada en éste, y obre los efectos á que haya lugar.

Para que este contrato sea recíprocamente igual, se obligan dichos don Diego y su hija á otorgar tambien á favor del mencionado don Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleve á su matrimonio, y demas que herede por muerte de sus padres ú otro motivo, á fin de que al tiempo de su disolucion se tengan por suyos, se deduzcan antes que los gananciales y despues de la dote, arras y demas que herede la espresada doña María, y ninguno sea perjudicado en su haber legítimo; y si el mencionado don Diego no concurriere á su otorgamiento, sea suficiente que lo firme la espresada su hija, sin que se necesite otra diligencia, ni escitacion judicial ni estrajudicial, ni deje de obrar por esta causa los efectos correspondientes, cuando el matrimonio se disuelva.

Los referidos don Pedro, don Diego y sus mugeres se obligan à no mejorar en el tercio de sus bienes, en contrato ni en última disposicion, á los demas hijos suyos ni alguno de ellos; y si lo hiciesen, quieren que no valga, para lo cual se conforman con lo dispuesto en la ley 22 de Toro; previniendo que si les dejaren algun legado, se ha de deducir del quinto y no del tercio, aunque en él se esprese y mande lo contrario. (*Se pondrán las demas condiciones que los otorgantes quisieren, y proseguirá la escritura en la forma siguiente*)

Con cuyos requisitos y condiciones formalizan los otorgantes esta escritura, y al cumplimiento de su contenido, obligan todos sus bienes y derechos habidos y por haber, renuncian las leyes que les favorezcan, y con especialidad las referidas doña Juana y doña Elena, la ley 61 de Toro, que dice: *no pueda la muger ser fiadora de su marido, y que cuando marido y muger se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, ó ésta como fiadora de aquel, no quede obligada á cosa alguna, si no es que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, en cuyo caso ha de pagar á prorata del que tuvo, no siendo de las cosas que el marido está obligado á darle.* Asi lo otorgan y firmán los espresados á quienes doy fé conozco, siendo testigos F., F. y F., de esta vecindad.

Carta de pago y recibo de dote.

417 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escriba-

no y competente número de testigos, compareció Alvaro de Medina, de estado soltero, que espresó ser mayor de 25 años (siendo menor, concurrirá el curador al otorgamiento) natural y vecino de... é hijo legítimo de Pedro de Medina y de Ana Lopez, difuntos, vecinos y naturales que fueron tambien de... dijo: que tiene tratado casarse con Rosa Crespo, del mismo estado y naturaleza, é hija legítima de Juan Crespo y de Gabriela Diaz, asimismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, habiendo precedido á este fin las tres amonestaciones que manda el santo concilio de Trento; y que la mencionada su futura esposa ha prometido llevar diferentes bienes, muebles y dinero, y entregarlos al otorgante por dote y caudal suyo para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, con tal que formalice á su favor la correspondiente escritura, á cuya consecuencia para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorga: que recibe en este acto de la espresada su futura esposa por dote, y caudal propio los bienes siguientes: (*Se ponen en párrafo aparte los bienes por clases, partidas y precios, con señales individuales, y prosigue la escritura.*) Importan en una sola cantidad los bienes y dinero que comprenden las partidas anteriores tantos mil reales, salvo error, de los cuales el otorgante se dá por contento y entregado á su voluntad, mediante á recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa, á presencia mia y de los testigos que se nombrarán, de que doy fé; y como efectivamente satisfecho de ellos, formaliza á su favor el resguardo mas firme y eficaz que convenga para seguridad suya, declarando que los bienes referidos han sido valuados por personas inteligentes, electas de conformidad de ambos interesados, sin haber en su tasacion engaño ni lesion; y caso que la haya, de la que sea, en poca ó mucha cantidad, hace á favor de su futura esposa gracia y donacion pura é irrevocable, ratificando á mayor abundamiento la citada tasacion, y obligándose á no reclamarla: á cuyo fin renuncia para que en ningun tiempo le sufraguen, todas las leyes que le sean propicias, con especialidad la ley 16, tít. 11, Part. 4, que dice: «si el que dá ó recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en cualquier cantidad que sea, aunque no llegue á la mitad del justo precio, como en las ventas.» Ademas, en atencion á la virtud, honestidad y loables prendas que adornan á su futura esposa, le ofrece por aumento de dote ó en arras, segun le sea mas útil, para el caso de efectuarse el matrimonio, tantos mil reales que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por si no tienen cabimiento, se les consigna en los mejores que adquiera en lo sucesivo á eleccion suya: cuya cantidad, junta con la total, asciende á tantos mil reales, los cuales se obliga á restituir en dinero efectivo á su futura esposa, ó á quien la represente, incontinente que el matrimonio se disuelva, queriendo ser apremiado á ello por todo rigor, como tambien á la satisfaccion de las costas que en su esaccion se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento relevándole de otra prueba, para lo cual renuncia la ley penúltima de dicho tít. y Part., y el término anual que le concede. Para poder cumplir lo referido mas puntual y esactamente, se obliga asimismo no solo á no disipar, gravar ni hipotecar á sus deudas, crímenes, ni esceso, el importe de esta dote y arras, sino tambien á tenerle pronto para su restitucion. Finalmente, al cum-

plimiento de todo lo dicho obliga todos sus bienes y derechos presentes y futuros, &c.

419 Esta escritura es de dote estimada que causa venta, por lo cual hemos puesto la obligacion de restituir su importe y no los bienes. Para la muger es mas conveniente que se entregue en dichos términos la dote al marido, asi como es mas gravoso para éste, especialmente si son animales ó muebles que se deterioran ó consumen con el tiempo y el uso; pues es cosa muy dura obligarse el marido á restituir en dinero lo que no se le entrega en él, ni en plata ú oro por su intrínseco valor, ya por no haberlo recibido en estas especies, ya porque en venta nunca dan por los muebles ni con mucho el importe de su valuacion; al paso que es muy equitativo y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes á justa tasacion, segun se le entregaron, mayormente cuando no se causa perjuicio á la muger: en cuya atencion aconsejamos al escribano que no ponga la cláusula de la restitucion en dinero del valor de los bienes muebles, escepto que el novio lo quiera, sino en otros equivalentes á justa tasacion. Pero si fuesen raices, cosas preciosas, ú otras que no se consumen con el tiempo y uso como los vestidos, se pondrá la cláusula de que se obliga á volverlas por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega, y en caso que por su culpa ú omision padezcan algun detrimento, á resarcirle en dinero, justificado que sea y no en otros términos. De esta suerte se evitan muchos pleitos y perjuicios al marido y á sus herederos, porque pueden restituir las mismas alhajas á causa de no transferírsele el dominio de ellas, y si en la valuacion hubo agravio, reclamarle al tiempo de su restitucion, especialmente no siendo inteligente en materia de tasacion, al modo que siempre que en cualquier cuenta haya error debe deshacerse. Si la novia es hija de familia y tiene mas hermanos, y ademas de la dote que le dan sus padres lleva algunos bienes heredados de otra persona, ó regalados por el novio ú otros sugetos, deben ponerse en la escritura dotal, con separacion y distincion, espresándose en ella su importe y de qué proviene, para que por muerte de sus padres no tenga que colacionarlos todos, ni sea perjudicada por esta razon, mayormente cuando despues suele ser difícil justificar el regalo; y advirtiéndose que por muerte de estos llevará á la colacion el de los que le dan en cuenta de su legítima; pues de faltar esta claridad resultarán pleitos, á que no se debe dar lugar. Tambien convendria que los padres lo declaren y que firmen la escritura dotal, para que los hermanos de la novia no duden de la certidumbre del regalo ó herencia, y no supongan que quisieron mejorarla en su perjuicio estándoles prohibido. Tendrá presente esto el escribano para prevenirlo á los interesados.

Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.

420 En tal villa á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, don Francisco de tal, natural y vecino de ella, á quien doy fé conozco, dijo: que tiene tratado de casarse con doña Maria de tal, á cuyo efecto han precedido las tres amonestaciones que previene el santo concilio de Trento, y entre los contrayentes y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada por todos en esta villa á

tantos de tal mes y año, ante F. escribano real, en que se han obligado á entregar á dicha doña María su hija tanta cantidad en dote, y el otorgante á formalizar en favor suyo la correspondiente carta de pago y recibo, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, cuya copia original se une á esta para documentarla é insertar en sus traslados, y que á la letra dice así: (*En párrafo aparte la escritura de capitulaciones.*)

Concuerda la escritura inserta con la que se halla en el protocolo de ésta, de que doy fé; y en consecuencia de lo estipulado en ella, mediante á que se acerca el dia del desposorio, y á que están prontos los padres de la espresada doña Maria á cumplir con la obligacion contraida, el otorgante, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, otorga: que recibe ahora mismo de don Diego y doña Elena de tal, padres de la mencionada doña Maria, en dote y en cuenta de sus legítimas, los bienes siguientes. (*Se espresan como en la anterior escritura dotal.*)

Importan en una sola cantidad los referidos bienes tantos mil reales, que el otorgante ha recibido efectivamente en este acto de los espresados don Diego y doña Elena, á presencia mia y de los testigos infrascritos, de que doy fé, en cuya atencion formaliza á favor de su futura esposa y de sus padres el resguardo mas eficaz que conduzca para seguridad suya, los dá por libres é indemnes de su responsabilidad, tiene por rota y cancelada la escritura de capitulaciones, y por estinguida la obligacion que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto, y en su consecuencia declara que, &c. (*Se pondrá la declaracion de no haber lesion ni engaño en la tasacion de los bienes, como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá:*) y reiterando el otorgante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo á su futura esposa por aumento de dote, ó en arras, tanta cantidad que confiesa caber en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este dia con arreglo á lo pactado en la quinta condicion de la citada escritura, cuya cantidad le consigna en ellos y en los que adquiera en lo sucesivo, y unida á la dotal compone y asciende su total suma á tantos reales, los que se obliga á restituir, &c. (*Proseguirá como en la anterior escritura de dote.*)

421 En esta escritura se supone que la novia no ha llevado mas dote que la que sus padres le han dado, y asi no se ha puesto declaracion alguna, como la pondria por la razon espuesta al fin del número 418 en caso de llevar mas bienes. Igualmente se supone que la novia está bajo de la pátria potestad; pero si estuviese fuera de ella, y despues de casada entregase los bienes á su marido, quien los tiene en su poder, se otorgará la escritura de recibo con confesion de éste, y no con fé de entrega, porque es absurdo, estando apoderado de ellos, decir que su muger se los entrega, y dar fé de ello el escribano, como si los recibiera entonces de otra mano, lo cual se previene para que no dé fé falsa, ni sea tenido por ignorante, pues la fé de entrega se ha da dar solamente cuando no los ha recibido, y no cuando antes de otorgar el recibo se posesionó de ellos.

Carta de dote confesada.

422 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Lorenzo del Rio, á quien doy fé conozco, natural &c., dijo: que en tantos de tal mes y año, contrajo matrimonio con Teresa Martin, de estado doncella, natural, &c. la cual trajo á su poder en dote diferentes bienes, que segun la valuacion que entonces se hizo ascendieron á tantos reales, en cuya ocasion ofreció otorgar de ellos á su favor el competente resguardo, prometiéndole por aumento de dote, ó en arras, tanta cantidad; y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones, ausencia del otorgante, y otros motivos que ocurrieron, no pudo formalizarlo, y mediante á tener ahora proporcion para ello, cumpliendo la promesa hecha, otorga y confiesa haber recibido efectivamente en dote, de la referida su muger, los bienes siguientes. (*Se pondrán en párrafo aparte como en la escritura anterior.*)

Importan en una sola cantidad los bienes espresados tantos mil reales; salvo error, de que el otorgante se dá por contento y entregado á su voluntad, por haberlos recibido de la mencionada su muger en dote al tiempo que contrajeron matrimonio, cuya entrega ha sido efectiva, ó por no aparecer de presente renuncia la escepcion del dinero no entregado, la ley 9, tít. 1, Part. 5, que trata de ella, los dos años que prefine para la prueba de su recibo, dándolos por pasados, como si lo estuvieran, y las demas leyes que le sufraguen; y otorga á favor de la citada su muger el resguardo mas eficaz que conduzca para seguridad suya (*proseguirá como la primera hasta la oferta de arras, y entonces dirá*), y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos reales por aumento de dote, ó en arras, desde luego en atencion á su virtud, honestidad y relevantes prendas, reitera dicha oferta, confesando que los tantos reales cabian entonces y caben actualmente en la décima parte de los bienes libres que posee, y caso que no quepan, se los consigna &c. (*Continuará como la primera.*)

423 Si la dote consiste en dinero, se espresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará consistiendo en bienes muebles tasados, caso que no se tenga presente especificadamente los que fueron sino solo su importe. Si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, puede hacerlo, sin que el escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento; pero ningunos otros efectos surtirá.

Del modo de estender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial.

424 Cuando el marido es omiso, ó no quiere otorgar la carta de dote à favor de su muger, puede compelerle á ello el juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento, presentando memoria ó relacion de los bienes que llevó al matrimonio y sus precios, haciendo mencion del dia, mes y año en que le contrajo, de los motivos que hubo entonces para que su marido no otorgase á su favor carta de pago ni recibo de ellos, de que le prometió formalizarla luego

que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo y le ha instado repetidas veces á que la otorgase, no ha podido conseguirlo, y de que está en descubierto y espuesta á ser perjudicada en su dote; á cuya consecuencia pretenderá que mande el juez declare, bajo de juramento, si es cierto llevó á su poder en dote cuando se casó los bienes contenidos en la memoria presentada: que entonces se valuaron é importaron la misma cantidad, y que le ofreció otorgar el correspondiente resguardo de ellos, y no lo ha cumplido; y que estando negativo se le reciba con su citacion informacion de ello, y constando la certeza por uno ú otro medio, se le apremie á su otorgamiento. A esta pretension deferirá el juez, y evacuada la declaracion ó informacion, se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos, que se unirán originales con la memoria é insertarán en ella, sin que se diferencie en lo demas de la de dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusa la rebeldía, y por último manda el juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos (que se han de protocolizar en las escrituras del mismo año) se le dé el testimonio conducente á la letra para su resguardo, lo cual perjudicará al marido y á sus herederos del mismo modo que si la otorgára. Lo mismo puede practicar el marido, cuando los padres de su muger no quieren concurrir con esta al otorgamiento de su capital; pues con citacion de ellos puede autorizarla el juez para que se haga, y por su rebeldía les perjudicará como si hubieran concurrido, estimándose por caudal del marido su importe al tiempo de la disolucion del matrimonio.

Aumento de dote.

425 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro y Juana de tal, su muger, vecinos de ella, á quienes doy fé conozco, dijeron: que al tiempo de su casamiento trajo esta en dote diferentes bienes que ascendieron á tanta cantidad, de que el otorgante formalizó á su favor el correspondiente resguardo en tal dia, mes y año, ante tal escribano, y habiéndole tocado ahora con motivo del fallecimiento de fulano su padre, tantos mil reales en tales especies, quiere entregarlos á su marido por aumento de dote, y que otorgue de ellos á favor suyo el correspondiente recibo, á fin de que ni ella ni sus herederos sean perjudicados en su haber legítimo; en cuya atencion, para que tenga efecto, usando de la facultad que la ley 1, tít. 11, Partida 4, le confiere, otorgan: la citada Juana que entrega á su marido y agrega á la dote que llevó á su matrimonio con las mismas calidades y condiciones; y aquel, que recibe ahora mismo, por mas dote de su muger, tantos mil reales que importan los bienes que ha heredado de su padre Francisco de tal, como aparece de las tasaciones que han hecho peritos electos de conformidad por el otorgante y demas coherederos en la forma siguiente. (*Se pondrán los bienes como en la primera escritura dotal.*)

Importan en una sola cantidad los bienes espresados tantos mil reales, de los cuales se dá el otorgante por entregado á su voluntad, mediante á recibirlos en este acto de dicha su muger, de que doy fé por haber sido á presencia mia y de los testigos que se nombrarán; á

cuya consecuencia otorga en su favor el mas firme resguardo que convenga para seguridad suya, declarando (*Se pondrá la declaracion de no haber lesion en la tasacion como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá asi*): Y se obliga á volver á su muger ó á quien la represente los mencionados tantos mil reales, al mismo tiempo que los que importó la dote que cuando se casaron trajo á su poder, siempre que el matrimonio se disuelva por cualquiera de los casos prescritos por derecho, cuya restitucion hará enteramente en los bienes que ecsistan, y por los deteriorados y consumidos en otros equivalentes á justa tasacion. &c. (*Continuará como la escritura dotal, y ámbos firmarán ésta.*)

426 Esta escritura rara vez se hace, pues si la muger hereda ó le donan algo constante el matrimonio, lo recibe el marido, y si se le olvida declararlo, y no consta la donacion ó herencia por instrumento que la acredite, la pierde la muger, á causa de tenerse por ganancial como lucrada mientras vivian juntos; por lo cual es conveniente que se otorgue, y que en la escritura primera dotal que el marido formaliza á favor de la muger al tiempo de casarse, y en la de capitulaciones, si precedieron al matrimonio, se obligue á ello y se prevenga, por si llega el caso de heredar á sus padres ó á otra persona; y de esta suerte no será perjudicada, pues muchas veces importan mas los bienes que hereda y adquiere despues de casada, que lo que lleva al tiempo de casarse, y si es única heredera, ó aunque no lo sea, si no se hace inventario judicial ni particion, no podrá hacer constar lo que heredó mientras lo estuvo.

Escritura de arras.

427 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez, á quien doy fé conozco, natural y vecino de ella, de estado soltero, é hijo legítimo, &c., dijo: que tiene tratado de casarse con Luisa Martinez, del mismo estado, hija legítima, &c., y natural de tal parte, y que atendiendo á la honestidad, virtud y otras loables prendas que concurren en ella, ha determinado hacerle cierta donacion de arras; y para que conste y tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre voluntad, otorga: que promete en arras á la espresada Luisa Martinez su futura esposa tantos mil reales que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que tiene al presente, y si no cupieren se los consigna en los que adquiera en lo sucesivo á su eleccion, para que gocen del privilegio concedido á esta clase de donacion, ó del que le sea mas propicio y útil, si llega á efectuarse el matrimonio; y caso que este se disuelva por alguna de las causas legales, se obliga por sí y sus herederos á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá prontos para su entrega, bajo la pena de tanto que se impone en caso de contravencion, á la cual, y á la satisfaccion con los intereses correspondientes de las costas y daños que se originen en su esaccion á su futura esposa, ó quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, relevándole de otra prueba, quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Asimismo promete no revocar esta

oferta y donacion ni reclamarla con pretesto alguno, y al cumplimiento de ella obliga todos sus bienes y derechos, &c.

428 Si el novio dá ú ofrece en arras á la novia, cosa raiz determinada, se espresarán sus linderos, valor, sitio y demas señales conducentes, y le dará facultad para tomar posesion de ella. En este caso puede tambien imponerse pena para si no cumple el contrato, como se echa de ver en la ley 87, tít. 18, Part. 3, que trae la forma de ordenar esta escritura.

Escritura de capital.

429 En tal villa á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisca Lopez, natural de ella, á quien doy fé conozco, y muger de Pedro Rodriguez, vecino de esta villa, dijo: que en tantos de este mes contrajeron matrimonio, habiendo pactado antes que la otorgante habia de formalizar á su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes y efectos que tenia y llevó á él, á cuya consecuencia, cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorada del que la compete, y de su libre voluntad otorga y declara: que el referido su marido trajo al matrimonio los bienes siguientes: (*Se pondrán por clases, precios y partidas, como en las escrituras anteriores.*)

Importan los bienes espresados tantos mil reales, salvo error de pluma ó suma, de que la otorgante se da por satisfecha á su voluntad; y aunque no parecen de presente, por ser cierto que los trajo cuando se casaron, renuncia la ley 9, tít. 1, Part. 5, que trata de la entrega, los dos años que prefine para justificarla, y la escepcion que podia oponer de no haberlos traido, y otorga á favor de su marido el resguardo mas eficaz que convenga para seguridad suya: (*se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion como en la primera escritura dotal; pero no se ha de renunciar la ley 16, tít. 11, Part. 4, porque habla de la dote y no del capital del marido que no goza del privilegio de aquella, y luego proseguirá en esta forma:*) en cuya atencion promete tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede y adquiera por donacion ú otro contrato lucrativo de algun pariente ó estraño, deducido primero el importe de la dote y arras de la otorgante, y demas bienes que por herencia, legado, donacion ó cesion recaigan en ella, para que á ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber cuando el matrimonio se disuelva; y al cumplimiento de lo referido, obliga sus bienes dotales, parafernales, hereditarios y multiplicados, y renuncia la ley 61 de Toro, que prohibe que la muger pueda ser fiadora de su marido, y que cuando marido y muger se obligan de mancomun en un contrato, ó ésta como fiadora de aquel, no quede obligada á cosa alguna, á menos que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho. Y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, que para formalizar este contrato no ha sido seducida, ni intimidada, ni violentada directa ni indirectamente por el citado su marido, ni por otra persona en su nombre, y que lo otorga de su libre y espontánea voluntad. Y el mencionado Pedro Rodriguez jura igualmente por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma

solemne, que todos los bienes contenidos en este capital son suyos, que no están afectos á responsabilidad alguna, y que no tiene deudas (ó que tiene tantas, lo cual debe espresar el escribano, segun la instruccion que le dieren los interesados). Asi lo otorgaron los espresados, &c.,

430 En esta escritura conviene poner el juramento y declaracion del marido ó novio, no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion, sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio, pues algunos dicen que son ricos, y despues se averigua que son muy pobres, por estar debiendo tanto ó mas de lo que tienen; y por medio del juramento se apura la verdad. Y no basta poner el juramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibírselo el escribano en forma solemne. Mas dicho juramento es supérfluo en el hijo de familia, cuyos padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, porque como imposibilitado de contraer sin la licencia paterna, no puede haberlos gravado, y aunque contraiga para cuando se case ó herede, es nula la obligacion en que se constituya.

431 Si la muger hace alguna donacion al novio, se ha de poner por aumento del capital de éste en la escritura, con la cláusula, no pactándose otra cosa, de que aunque el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la donacion los herederos de él, y puedan ecsigírsele como donacion hecha en contrato oneroso que obliga al novio á disponer de su persona; y si este nada lleva, se dirá: que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará á su entrega disuelto el matrimonio. Tal donacion é instrumento debe preceder al casamiento para su firmeza, y para que si el novio muere antes no se tenga por hecha constante el matrimonio, que por derecho es nula. Si la novia es viuda y tiene sucesion legítima del primer marido, no puede esceder la donacion que haga el novio en vida y por muerte del quinto de sus bienes, con el cual deberá enterrarla y hacer sus ecsequias funerarias, caso que muera antes que él dejando descendientes legítimos.

432 Precediendo capitulaciones al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote y capital bajo de un contesto para evitar gastos á los interesados, hablando en la introduccion los dos, siguiendo el marido solo con la recepcion de la dote y obligacion á responder de ella: luego su muger con el otorgamiento del capital, y volviendo á hablar los dos en la conclusion del instrumento y obligacion general de cada uno á su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal.

Otra escritura de capital referente á bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio.

433 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y competente número de testigos, comparecieron F. de T., hijo legítimo de F., y N. de S., hija legítima de F., naturales y vecinos de... y dijeron: que habiendo contraido legítimo matrimonio, les han entre-

gado los padres del espresado F. de T. cierta cantidad de dinero para ayudar á sostener las cargas conyugales, con tal de que se les otorgase la competente escritura de recibo y capital; y poniéndolo en ejecucion y confesando, como en efecto confiesan los otorgantes, haber entrado en poder de dicho F. de T. la espresada suma, en la forma que haya lugar en derecho, otorgan: que han recibido la cantidad de tantos reales vellon; y por no aparecer su entrega de presente, renuncian las leyes de la entrega, la escepcion de *non numeratæ pecuniæ*, y la prueba de su recibo: y la citada N. otorga á favor de dicho su marido el recibo y carta de pago que á su seguridad convenga de la espresada suma, y se obliga à tenerla por caudal del mismo, y por su capital, deducida antes la dote. Y el citado F. de T. otorga á favor de los dichos sus padres carta de pago y recibo de la misma cantidad que le han entregado por capital, y por cuenta de la legítima respectiva al que primero fallezca. Y al cumplimiento de lo que va dicho, cada uno de los otorgantes se obliga con sus bienes habidos y por haber; y la N. renuncia las leyes de su favor, y jura por Dios y una señal de cruz, que para otorgar esta escritura no ha sido seducida, apremiada ni violentada por su marido, ni por otra persona en su nombre, pues confiesa que lo hace de su libre y espontánea voluntad, por convertirse en su propia utilidad y provecho; y que no se opondrá contra ella por razon de su dote, arras, bienes parafernales y multiplicados, ni por otro derecho que le competa. Así lo otorgaron los espresados, á quienes yo el escribano doy fé conozco; y lo firmaron, siendo testigos F., N. y S. vecinos todos de la espresada poblacion.

Pedimento de dote no prometida.

434 F. en nombre de N. vecino de esta corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, precedida la vénia necesaria, digo: que habiendo mi poderdante casado legítimamente con M., hija legítima de T, de esta misma vecindad, como consta de la partida de casamiento que exhibo, no trajo aquella á su poder ninguna dote, ni ahora la tiene con que pueda mi poderdante alimentarla y sostener las cargas del matrimonio, y mediante á que su padre está obligado á dotarla competentemente conforme á la calidad de su persona, hacienda que disfruta, é hijos que tiene, por lo menos en tanta cantidad, que es lo que puede tocarle de legítima.=A V. suplico que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva condenar á T. á que dote á su hija en la espresada cantidad, y la entregue á mi poderdante, otorgando el correspondiente instrumento de su recibo. Pido justicia y costas.=Auto.=Traslado.

Pedimento de dote prometida no constando de escritura la promesa.

435 F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, precedida la vénia necesaria, digo: que habiendo mi poderdante contraido legítimo matrimonio con J., hija legítima de C., de este vecindario, segun acredita la partida de casamiento que exhibo, le prometió éste dar en dote

tanto en aquella y tanto en la otra especie; pero sin embargo de hallarse mi poderdante sustentando desde entonces las cargas matrimoniales, no ha podido conseguir el cobro de aquella. Por tanto: A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva condenar á C. á que satisfaga á mi poderdante la espresada cantidad, con los réditos que pudo haber producido desde su promesa hasta la entrega. Pido justicia y costas.=Auto.=Traslado.

Demanda pidiendo el esceso de una dote inoficiosa.

436 F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que habiendo S., padre que fué de mi poderdante, casado á B., su hija, y hermana de éste, con R., en el año prócsimo pasado, le dió en dote tanto en esto y tanto en aquello, como resulta del instrumento que tambien presento; y mediante á que teniendo solo de caudal tanto, no pudo dotarla mas que en tanto que es lo que le correspondia de legítima y podia tocarle por mejora.=A V. suplico que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva declarar por inoficiosa en el esceso de la espuesta dote, y consiguientemente condenar al mencionado R. á que le restituya á mi poderdante, como es debido. Pido justicia y costas.=Auto.=Traslado.

Pedimento de una viuda para recuperar su dote.

437 F., en nombre de R., vecina de esta corte, y muger legítima que fué de E., ante V., como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. y T., de este mismo vecindario, y digo: que cuando mi poderdante casó con aquel en tal año, llevó al matrimonio en dote tanta cantidad, de que se dió por entregado, segun acredita la escritura que presento; y en atencion á que por fallecimiento de E. estan obligados á restituirla á mi poderdante S. y T., sus hermanos y herederos, con beneficio de inventario como consta del testimonio que tambien presento.=A V. suplico que habiendo por presentados los espresados documentos, y por admitida esta demanda, se sirva condenar á los dichos S. y T. á que devuelvan á mi poderdante la mencionada cantidad. Pido justicia y costas.

Otrosí: En atencion á que mi poderdante no tiene otros bienes con que poder sustentarse que los de su dote: A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este otrosí, con citacion contraria, y hecha la suficiente, se sirva mandar le den S. y T. los alimentos y litis espensas que fuesen de grado de V., teniendo en consideracion la calidad de su persona y la dote, hasta tanto que se haga su restitucion. Pido como antes.=Auto.=A lo principal traslado, y al otrosí haga la informacion, y hecha, autos.

TITULO VI.

De la legitimacion.

438 El segundo modo de constituirse la pátria potestad, segun hemos dicho en el número 70, es la *legitimacion*, que se define: un acto por el que los hijos naturales se suponen nacidos de matrimonio legítimo.

439 Decimos en la definicion hijos *naturales*, porque solo estos y no los demas ilegítimos pueden ser legitimados. (Ley 1, tít. 13, Part. 4.)

440 Llámanse hijos naturales aquellos cuyos padres podian contraer matrimonio sin dispensa, al tiempo de su concepcion ó de su nacimiento, con tal que el padre los reconozca; aunque no haya tenido en su casa la muger de quien los enjendró, ni sea una sola. (Ley 1, tít. 5, lib. 10, Novís. Recop., que es la ley 11 de Toro.)

441 Hay ademas de los naturales otros hijos ilegítimos, á los que se dá generalmente el nombre de *espúrios*. Estos se dividen en varias clases: unos se llaman *adulterinos ó notos*, y son los que nacen de hombre casado y mujer viuda ó soltera, llamada en este caso por otro nombre barragana, ó de hombre soltero ó viudo y mujer casada, ó de ambos casados con otros. Otros se llaman *incestuosos*, ó lo que es lo mismo habidos con persona con quien el que los tuvo estaba ligado por vínculos de sangre dentro del 4.° grado. Denomínanse otros *sacrílegos*, nacidos de personas que estaban ligadas ambas ó al menos una con voto solemne de castidad. Finalmente, otros se apellidan *manceres ó mancillados*, y son los que nacen de rameras, y cuyo padre se ignora. (Ley 1, tít. 15, part. 4.)

442 Ninguno de estos puede ser legitimado, pero sí reconocido: y aunque sus padres ó madres tienen algunas obligaciones respecto de ellos en este último caso, no nos parece oportuno indicarlas en este lugar, y lo harémos en el título de sucesiones cuando hablemos de la parte de bienes en que algunos pueden suceder á sus padres; asi como lo hemos hecho en el tercero, de los alimentos á que todos tienen derecho.

443 Los hijos naturales pueden ser legítimados por *subsiguiente matrimonio ó por concesion del Rey*. (Ley 1, tít. 13, y 4, tít. 15, Part. 4.)

444 La legitimacion por subsiguiente matrimonio se hace, contrayéndolo el hombre y la muger, que antes de ser casados, y no teniendo impedimento en los términos espresados en el número 440, procrearon algun hijo ó hijos; los cuales se hacen tan legítimos, como si hubiesen nacido despues de casados sus padres, sin diferencia alguna ni en cuanto á sucederles ni en lo demas. (L. 1, tít. 13, Part. 4.)

445 Esta legitimacion tiene lugar aun cuando se casen en el artículo de la muerte, y por esta razon no haya esperanza de tener hijos, pues no obstante se conceptuarán legítimos; porque la prole no es co-

sa esencial del matrimonio cuando falta por accidente ó acaso.

446 Pero si los padres están imposibilitados para contraer el matrimonio segun lo espresado ya en la seccion 4.ª del título 4, si lo contraen es nulo, y por consiguiente no vale la legitimacion.

447 Tambien se legitiman los hijos por el subsiguiente matrimonio, aunque su padre despues de habidos en su concubina se case con otra muger, si muerta esta lo contrae con aquella; porque el derecho no prescribe ni ecsige precisamente aptitud entre los contrayentes en el tiempo medio de nacer los hijos y casarse.

448 Igualmente se legitiman por subsiguiente matrimonio los hijos naturales del clérigo ordenado de menores, aun en el caso de que concurran en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y de adulterio; porque como basta que en uno de los dos tiempos, el de la concepcion del hijo ó el de su nacimiento, esten libres sus padres de impedimento canónico para contraerlo, segun la citada ley 11 de Toro, si cuando nació habia muerto el marido de su madre ó la muger de su padre, y habiendo obtenido dispensa se hallaban casados los dos, se removieron ambos impedimentos; de suerte que salió á luz en tiempo hábil para que sea reputado por hijo de legítimo matrimonio. Y si sacada la dispensa aun no se habian casado, se legitimará igualmente por el matrimonio subsiguiente, porque al tiempo de nacer ya estaban libres sus padres, hallándose tan aptos para casarse como si nunca hubiera habido entre ellos impedimento alguno.

449 Tendrá tambien lugar la legitimacion, no solo en los hijos sino tambien en los nietos, en el caso de que el abuelo habiendo tenido algun hijo natural en una concubina se casase con ella despues de haber muerto el hijo; pues sería lo mismo que si se hubiera casado antes de fallecer este: teniendo por consiguiente el nieto todos los derechos que habiera adquirido su padre, si viviera al celebrarse el referido matrimonio. (Leyes 9, tít. 15, Part. 4 y 7, tít. 20, lib. 10 de la Novís. Recop.)

450 La legitimacion por concesion del Rey, que como hemos indicado ya en el título 2.º, es una de las gracias llamadas *al sacar*, tiene lugar en defecto de la legitimacion por subsiguiente matrimonio, y es: el acto por el que el Rey, á solicitud del padre, concede al hijo la gracia de ser habido como de legítimo matrimonio. Tambien puede hacerse esta legitimacion á solicitud del hijo, cuando el padre, no teniendo hijos legítimos, instituyó al natural por heredero legítimo en su testamento, y éste acude al Rey para que declare que es válido; á lo cual se accede, y produce ademas el efecto de la legitimacion.

451 La legitimacion obtenida de esta manera, solo produce efectos civiles, de los cuales es el principal la pátria potestad: y tanto el padre como los hijos que solicitaren aquella y la obtuviesen, están obligados á pagar los derechos señalados en los aranceles. (Real cédula de 21 de Diciembre de 1800, y art. 4, de la ley de 14 de Abril de 1838 (1). (2).

---

(1) Omitimos lo demas que en este asunto trae Febrero sobre otros modos de legitimar, por no estar vigente en esta parte la legislacion de Partida de donde lo toma, y no parecernos necesario tratar de las dispensas eclesiásticas concedidas á los ilegítimos para la obtencion de dignidades y beneficios, como perteneciente mas bien al derecho canónico.

(2) Véase el número 60 para los espedientes de legitimacion.

TITULO VII.

Del prohijamiento (1).

452 El último modo de constituirse la pátria potestad es el *prohijamiento*, que se define: el acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente. (Ley 1, tít. 16, Part. 4.)

453 Vamos á manifestar en este título de cuantas clases es el prohijamiento, qué personas pueden prohijar, cuáles ser prohijadas, y los efectos que produce.

454 El prohijamiento puede recaer sobre un hijo que no tiene padre ó que si lo tiene no se halla él en su poder, y en este caso se dá á aquel acto el nombre de *arrogacion*; ó bien se prohija al que está en poder de su padre carnal, y entonces se llama *adopcion*. La arrogacion se ha de hacer precisamente con autorizacion real; y la adopcion interviniendo tan solo la autoridad judicial. (Leyes 7, tít. 7; y 1, título 16, Part. 4.)

455 La arrogacion debe de hacerse ademas con conocimiento de causa acerca de la utilidad que resulta al arrogado, y ha de intervenir el consentimiento espreso de este. Para la adopcion se necesita, ademas de la intervencion de juez como hemos dicho, el consentimiento del padre, el del adoptante, y el del adoptado: bien que el de este último basta que sea tácito, consintiendo la adopcion de palabra, ó callando y no contradiciéndola. (Las mismas leyes.)

456 Pueden prohijar todos los varones en quienes concurran las tres circunstancias siguientes: 1.ª ser diez y ocho años mayor que aquel á quien se prohija. 2.ª Poder engendrar. 3.ª Estar fuera de la pátria potestad. (Ley 2, tít. 16, Part. 4.)

Ecsijen las leyes estos requisitos en los que han de prohijar, por que siendo el prohijamiento un remedio de la naturaleza, quieren que los prohijadores, que han de ser considerados como padres, tengan las mismas cualidades que para serlo naturalmente son precisas.

457 Sin embargo, los que son impotentes de resultas de alguna

(1) Las leyes de Partida usan las mas veces de la voz *porfijamiento* para significar la adopcion en el sentido mas lato, esto es, como comprensiva de la arrogacion y de la adopcion en especie ó estrictamente dicha; como puede verse principalmente en las leyes 7, tit. 7, y 1ª, tit. 16, Part. 4. Fundados en esto nosotros, hemos puesto aquella voz *prohijamiento* por epígrafe de este título, usando de ella y de sus derivados para espresar lo que los autores llaman adopcion in *genere*; y reservando la voz *adopcion* con los suyos para denotar la misma *en especie*, en oposicion á la arrogacion. Conseguiremos con esto mas precision en las locuciones, y no quedará lugar á dudas.

enfermedad, ó por haber sido castrados á la fuerza, ó por otro cualquier incidente casual que les quitó la capacidad que antes tenian de enjendrar, pueden prohijar; por no proceder su impotencia de la naturaleza. (Ley 3, tít. 16, Part. 4.)

458 Las mugeres no pueden prohijar: solamente pueden hacerlo con licencia del Rey en el caso de haber perdido algun hijo en la guerra. (Ley 2, tít. 16, Part. 4.) Pero es claro que este prohijamiento no produce la pátria potestad, porque segun se ha dicho no la tienen aquellas. (V. el núm. 66.)

459 El tutor no puede prohijar á su pupilo hasta despues de haber cumplido este los veinte y cinco años, y con licencia del Rey. (Ley 6, tít. 16, Part. 4.)

460 El menor de siete años ó infante que no tenga padre, no puede ser arrogado, porque carece de la conveniente capacidad para consentir. El mayor de siete, pero menor de catorce, en igual caso, puede ser arrogado con licencia real, prévia informacion de la que resulte si el arrogador es pobre ó rico, pariente ó estraño, si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, ó si puede tenerlos todavía, y si es de buena vida y fama; y ademas qué bienes pertenecen al arrogado, y si consiente serlo. Si de este ecsámen é informacion aparece que es útil al menor la arrogacion, puede concederse la licencia para hacerlo; obligándose el arrogador por escritura ante escribano público á devolver los bienes del prohijado á los herederos legítimos de éste, en el caso de que muriese dentro de la edad pupilar. (Ley 4, tít. 16, Part. 4.)

461 Diferenciándose como acabamos de ver la arrogacion y la adopcion en el modo de constituirse y en las personas que pueden ser arrogadas y adoptadas, son tambien distintas en cuanto á sus efectos; siendo unos los derechos que el arrogador y arrogado adquieren, y otros los del adoptante y adoptado.

462 Por la arrogacion pasa siempre el arrogado á la pátria potestad del arrogador, y adquiere éste sobre los bienes de aquel los mismos derechos que los padres tienen sobre el peculio adventicio de sus hijos. (Leyes 7, tít. 7, y 1, tít. 16, Part. 4.) (V. núm. 92.)

463 El arrogado tiene derecho á suceder al arrogador cuando éste no tiene herederos legítimos; y á no ser emancipado ni desheredado sin justo motivo. Las causas porque puede serlo son dos, á saber: por injuria grave hecha por él al arrogador; y por ser instituido heredero por alguna persona con la condicion de que salga de la potestad del mismo arrogador. (Ley 7, tít. 16, Part. 4.) Si este desheredase ó emancipase por alguno de dichos motivos al arrogado, debe devolverle todos sus bienes (dicha ley 7): y si lo hiciese sin causa, debe devolverle ademas de todos sus bienes las ganancias adquiridas en estos mientras estuvo en su poder, escepto el usufructo que produjeron: y en este mismo caso, si el arrogador no tuviese descendientes legítimos, le sucederá el arrogado despues de su muerte en la cuarta parte de sus bienes; y teniéndolos, en la quinta, como habremos lugar de esplicar al tratar de las sucesiones intestadas. (Ley 8, dicho tít., glos, 1, 2 y 5.)

464 Por la adopcion no se adquiere la pátria potestad escepto en el caso de ser *plena*, que es aquella en que el adoptante es un ascendiente del adoptado, (Leyes 7, 9 y 10, tít. 16, Part. 4.)

465 El adoptante, en el caso de tener pátria potestad sobre el adoptado, puede emanciparlo con causa ó sin ella, sin que entonces le herede éste en cosa alguna, (ley 8 de dicho tít. al fin): y el emancipado volverá al poder del padre natural. (Ley 10 al fin.)

466 La ley 9 citada dispone que el adoptado herede los bienes del adoptante intestado, cuando éste no dejase hijos legítimos; y que si los dejase, haya una parte como cualquiera de ellos: pero creemos que esta disposicion está derogada por la ley 28 de Toro ó 1.ª, tit. 20, libro 10, Novís. Recop., como oportunamente manifestarémos.

FORMULARIO.

Pedimento para el prohijamiento.

467 Francisco Lopez, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que por hallarme viudo en edad avanzada, con caudal considerable y sin herederos forzosos ni esperanza de tenerlos, he resuelto prohijar á Juan Ibañez, hijo de Andrés Ibañez, difunto, que es pobre y huérfano, tiene 14 años de edad, como consta de la certificacion de su bautismo que presento, y consiente en ser prohijado; mediante lo cual, y que de efectuarse el prohijamiento se le sigue manifiesta utilidad, para que tenga efecto.=A V. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion, mandar que se me reciba informacion al tenor de este pedimento, y constando su certeza en la parte que baste, deferir á mi pretension y concederme licencia para formalizar la escritura de prohijamiento correspondiente, interponiendo en ella su autoridad y decreto judicial para su mayor firmeza, pues así procede de justicia que pido.

Auto. Por presentada la certificacion que se refiere; recíbase la informacion que esta parte ofrece ante el presente escribano, á quien para ello se dá comision en forma, y hecha, tráigase para proveer. El señor don N., juez de primera instancia de esta villa de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año.=D. N.=Ante mí N.

Informacion. *Testigo primero.*=En tal villa á tantos de tal mes y año, yo el escribano de su número, usando de la comision que se me confiere por el auto anterior, y de presentacion de Francisco Lopez contenido en él, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de Cruz en forma, de Antonio Perez, vecino de ella, quien bajo de él prometió decir verdad y lo que supiese sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento que motiva esta informacion.= Dijo: que conoce de vista y trato al mencionado Francisco y á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez, difunto, por cuya razon sabe que el referido Francisco es un anciano rico, de buena vida y fama, sin descendientes ni otro heredero legítimo; y que el espresado Juan ya habrá cumplido 14 años de edad, porque segun hace memoria, nació en el de tantos, sobre lo que se remite à la partida de su bautismo: en cuya atencion parece al declarante que de prohijarle el dicho Francisco se le seguirá mucha utilidad y beneficio, por que cumpliendo como buen hijo adoptivo, le instituirá por su heredero, y le quedará lo suficiente para vivir con decencia, de lo cual se halla imposibilitado actualmente, pues es pobre y huérfano, y no tiene oficio con qué mantenerse. Esto es lo que sabe y puede declarar con verdad, bajo de dicho juramento, en que se ratifica y lo firma (ó no firma por no saber), espresando tener tantos años poco mas ó menos de edad; y que respecto á ninguno le tocan las generales de la ley, sobre lo que le pregunté, de que doy fé.=Antonio Perez.=Ante mí N.

Conforme à este testigo han de declarar otros dos, y luego corresponde el siguiente

Auto. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el Sr. don N. juez de

primera instancia de ella, habiendo visto estos autos, hecho comparecer á su presencia á Francisco Lopez y Juan Ibañez contenidos en ellos, y ecsaminado la voluntad y consentimiento de ambos, tomó de la mano al citado Juan y le entregó al mencionado Francisco, quien le recibió por su hijo adoptivo, y en su consecuencia le concedió ámplias facultades para que otorgue la escritura de prohijamiento con las cláusulas prescritas por derecho para su estabilidad, interpuso en ella su autoridad en forma legal, mandó que estos autos se unan á su protocolo, é incorporen en sus traslados para documentarla, y lo firma, de que doy fé.=D. N. ante mí N.

Escritura de prohijamiento.

468 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que viéndose anciano sin herederos legítimos ni esperanzas de tenerlos, y bastante rico, determinó prohijar á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez, difunto, y á este fin, precedidas las diligencias prescritas por derecho, impetró licencia del señor D. N., juez de primera instancia de esta villa; la cual y los demas autos obrados, se unen á esta escritura para documentarla é incorporarlos en sus traslados, y su tenor literal dice así. (*Aquí se copian los autos y luego prosigue la escritura.*)

Concuerdan los autos insertos con los que están en el protocolo de esta escritura, de que doy fé; y usando el otorgante de la licencia que incluye el último, de su libre voluntad, en la mejor forma que haya lugar en derecho; otorga: que recibe por su hijo adoptivo, y bajo su proteccion al espresado Juan Ibañez, en cuya atencion promete tratarle, educarle, cuidarle y alimentarle, como si fuera su hijo legítimo, é instituirle por su heredero, caso que permanezca en su poder al tiempo de su fallecimiento, y si por olvido natural ó por otra causa no lo hiciere, quiere que sea habido por instituido, y herede enteramente sus bienes. Asimismo promete que si el citado Juan heredáre, ó si le donaren algunos mientras esté en su compañía, y luego saliere de ella, se los entregará sin desfalco á él ó quien sea persona legítima para su percibo, incontinenti que sea requerido; y consiente en ser apremiado por todo rigor de derecho, no solo á su entrega, sino tambien á la satisfaccion de las costas y daños que se le causen en su esaccion: cuya liquidacion defiere en su juramento, relevándole de otra prueba. Igualmente promete no reclamar esta escritura, ni alegar escepcion, aunque le favorezca, &c. (Se pondrán las cláusulas generales, y proseguirá). Por tanto, el referido Juan Ibañez, que se halla presente, enterado de esta escritura, dijo: que acepta el prohijamiento que contiene, y en reconocimiento de hijo adoptivo se hincó de rodillas, besó la mano á dicho Francisco Lopez, y le dió las gracias por el beneficio de haberle prohijado. Y así lo otorgaron y firman ambos, á quienes doy fé conozco, siendo testigos, &c.

469 Si el prohijado tiene padre, ha de consentir este el en prohijamiento y acudir con el adoptante al juez: han de seguirse los autos á nombre de los dos: y en el de licencia se ha de omitir la cláusula de la en-

trega del adoptado que hace el juez al adoptante, poniéndose esta en su lugar: «que el padre se desapodera de la pátria potestad que tiene sobre su hijo, y en señal de ello le toma de la mano, y le entrega al adoptante, quien le recibe por su hijo adoptivo.» Si interviene licencia del Rey, se ha de insertar en la escritura; y en este caso no se necesitan autos ni otra diligencia judicial, porque el Rey antes de darla se informa de todo, y la concede con conocimiento de causa.

TITULO VIII.

De los modos de disolverse la pátria potestad.

470 La pátria potestad se disuelve por las causas siguientes: muerte natural, muerte civil, delito del padre, dignidad del hijo, casamiento del mismo, y emancipacion. De todas hablaremos en las dos secciones de este título.

SECCION I.

Del modo de disolverse la pátria potestad por la muerte natural y civil, delito del padre, y dignidad del hijo.

471 La muerte natural del padre ó del hijo disuelve la pátria potestad, por cesar con ella todos los derechos y obligaciones que aquel tenia sobre la persona y bienes de éste, y por la regla general de que por la muerte se concluyen todos los derechos no trasmisibles á los herederos y sucesores. (Ley 1, tít. 18, Part. 4.)

472 La muerte civil escluye al hombre de la sociedad privándole de cuantos derechos tiene en ella, y por consiguiente de la pátria potestad. (Ley 2, tít. 18, Part. 4.)

Se consideran muertos civilmente:

1.° Los que adquieren naturaleza en pais estranjero, ó admiten un empleo de su gobierno sin licencia del Rey. (Art. 1.° de la Const.)

2.° Los condenados á destierro perpétuo. (Ley 2 citada.) (1).

3.° Los que profesan en una religion monástica aprobada. (Ley 8, tít. 7, Partida 1.)

473 Ademas de los delitos porque se impone la pena de destierro perpétuo, puede el padre perder la pátria potestad por haber cometido otros: como son el matrimonio celebrado con persona dedicada á Dios, ó con parienta suya dentro del cuarto grado, sin dispensa, estando viudo y teniendo ciencia cierta del impedimento canónico. (Ley 6, tít. 18, Part. 4.)

474 La dignidad á que es elevado el hijo, le habilita para poder obrar libremente y sin licencia de su padre, en todos aquellos casos en

---

(1) Esta ley de Partida habla de la servidumbre de pena, y del destierro con confiscacion de bienes, y Febrero toma su doctrina en esta materia de aquella misma; pero no tiene lugar entre nosotros, habiendo ambas penas desaparecido.

que antes de obtener aquella necesitaba de ésta. No se conocen en el dia las dignidades de que hablan las leyes de Partida; pero puede sentarse como regla general, que salen los hijos de la potestad de sus padres, cuando desempeñan destinos á los cuales va unida jurisdiccion ó recaudacion de caudales.

SECCION II.

De la emancipacion.

475 La emancipacion tiene lugar de tres modos, á saber: por matrimonio del hijo; por voluntad del padre, y porque éste pueda ser compelido á emancipar á aquel.

476 El hijo casado y velado queda libre para siempre de la pátria potestad, sin que jamas pueda volver á ella, aunque quede viudo (1). Hace suyo enteramente el usufructo de sus bienes adventicios, y su padre no puede retenerle el todo ni parte de él; y si mientras vive lo conserva, y no se lo pide el hijo, deben abonárselo y entregarle su importe los coherederos, no pudiéndose presumir que hizo donacion de él á su padre, sino que por reverencia no se lo pidió. (Ley 3, tít. 5, lib. 10, Novís. Recop.)

477 La emancipacion con consentimiento y por la voluntad del padre, es un *acto por el que con autorizacion real ecsime este de su poder al hijo, para que sin su intervencion contrate, comparezca en juicio, y haga todo lo que podria hacer no teniendo padre.* (Ley 15, tít. 18, Part. 4; y art. 1 de la ley de 14 de Abril de 1838.)

478 Para la emancipacion deben practicarse las mismas diligencias de que hemos hablado en los números 54 y siguientes, en los que ponemos un modelo del espediente que debe seguirse, para conseguir las gracias llamadas al sacar: sin embargo, nos ha parecido oportuno añadir al fin de este título otro modelo de la escritura de emancipacion.

479 No puede un padre emancipar á su hijo sin motivos justos y razonables, justificados debidamente, en razon de los cuales se concede la real gracia; debiendo los interesados pagar los derechos prevenidos. (Art. 2 y 4 de la ley de 14 de Abril de 1838.)

480 La emancipacion es para todo, no para una cosa sola; y el hijo que sale una vez de la pátria potestad no vuelve á ella, aunque cese

---

(1) Al usar la ley de la palabra *velado*, tuvo por objeto el escluir los matrimonios clandestinos, que aunque reprobados por los cànones de la iglesia, y por las leyes civiles, eran sin embargo vàlidos, sembrando la incertidumbre y confusion en el estado de las familias; pero hoy dia, despues de lo dispuesto en el concilio de Trento, no se conocen matrimonios clandestinos en el verdadero sentido y con la fuerza que tenian entonces. Nos inclinamos por lo mismo à creer que las velaciones no son necesarias para que el hijo casado pueda reputarse emancipado. Agrégase á esto, que al casamiento sigue el vivir *de por sí*, ó como comunmente se dice, la separacion de economía, que en la práctica equivale à la emancipacion; y que en la Pragmàtica de 1776 (Ley 9, tít. 2, lib. 10 de la Novisima Recop.) nada se habla sobre esto, al paso que se establecen otras penas. Por último, ¿podrá sostenerse que el hijo casado, y no velado por razon de témporas, aunque despues olvide el velarse no queda desde luego emancipado? ¿y no lo queda el que se casa con una viuda, porque tampoco se vela?

la causa porque la obtuvo. Se esceptua de esta regla general la ingratitud, ó mal trato de palabra ú obra del hijo para con su padre, pues en estos dos casos se reconstituye la pátria potestad como indicamos en el número 69. (Leyes 4, tít. 17, y final, tít. 18, Part. 4.)

481 En premio de la emancipacion, puede el padre retener para sí la mitad del usufructo de los bienes adventicios que su hijo tenia antes de ser emancipado. (Ley 15, tít. 18, Part. 4, y 48 de Toro.)

482 Lo dicho en los números anteriores tiene lugar cuando el padre consiente voluntariamente en emancipar á su hijo; pero hay tambien casos en que puede ser obligado á hacerlo, tales son:

1.° Cuando le trata con escesivo rigor y severidad.

2.° Por compeler á las hijas á que se prostituyan, y á los hijos á que sean ladrones ó cometan otros delitos.

3.° Si el padre acepta el legado que alguno le hizo con la condicion de que emancipase á su hijo.

4.° Cuando el padrastro despues de haber prohijado á su entenado mayor de 14 años, disipa los bienes que á este pertenecen. (Ley 18, tít. 18, Part. 4.)

483 El hijo que está fuera de la pátria potestad, no puede demandar judicialmente á su padre sin licencia de éste, á no ser por sus bienes *castrenses* y *cuasi castrenses*; y para reconvenirle por los adventicios, y usar contra él de sus acciones civiles, se practica poner en el primer pedimento la cláusula *precedida la venia necesaria por derecho*, sin la cual no debe admitirlo el escribano. Lo propio se ha de decir de los nietos y demas descendientes legítimos; en los cuales se incluyen los yernos, porque representan á sus mugeres.

FORMULARIO.

Escritura de emancipacion.

En tal villa á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, Pedro Fernandez, vecino de ella, dijo: que por el grande amor á Juan, su hijo legítimo, mayor de 14 años, y por desear mucho su prosperidad, conociendo que es bastante capaz para gobernarse y administrar sus bienes, ha deliberado emanciparle, é impetrado á este fin la real autorizacion, que se me entrega original para unirla á esta escritura é incorporarla en sus traslados, y cuyo contenido á la letra dice así. (*Aquí la licencia en párrafo aparte.*)

Concuerda la licencia inserta con la que está en el protocolo de este instrumento, de que doy fé. Y usando de ella el otorgante, y hallándose con dicho su hijo en presencia del señor don F., juez de primera instancia de este partido, de su libre voluntad, en la mejor forma que haya lugar en derecho, y cerciorado del que le compete, otorga: que renuncia enteramente la pátria potestad que hasta ahora ha tenido sobre la persona y bienes del referido Juan su hijo, y en su consecuencia le da las mas ámplias facultades para que desde hoy en adelante contrate, comparezca en juicio, y administre por sí ó por sus apoderados los bienes que adquiera y los que le entrega en el acto, que son (*se espresarán*) de todos los cuales, y de los que por cualquier motivo le pertenecieren en lo sucesivo, ha de poder disponer á su arbitrio en contrato ó última voluntad conforme á las leyes, sin intervencion ni dependencia del otorgante, como de cosa suya adquirida con justo y legítimo título, formalizando las escrituras conducentes, pidiendo judicialmente lo que le convenga, y practicando cuanto puede hacer el otorgante y otra cualquiera persona libre de todo dominio y potestad; á cuyo fin desde ahora se aparta del derecho que como padre tenia y podia tener al usufructo de todos los mencionados bienes, lo traspasa enteramente á dicho su hijo, y siendo necesario le hace donacion perfecta é irrevocable de él con insinuacion, pidiendo á dicho señor juez de primera instancia la apruebe para su mayor estabilidad: y en señal de verdadera emancipacion, tomó de la mano á su hijo y le soltó y apartó de sí, á presencia mia y de dicho señor juez, de que doy fé. Asimismo le da igual facultad, para que en fuerza de los títulos de propiedad de los bienes donados, que tambien le entrega en este acto, tome la posesion real, actual, corporal ó cuasi de ellos; y para que no necesite tomarla materialmente, le dará copia autorizada de esta escritura, con la cual, sin otro acto de aprehension, ha de ser visto haberla tomado. Asi, pues, se obliga á no reclamar en todo ni en parte esta emancipacion, como no cometa su hijo alguna ingratitud, que el otorgante deberá probar. Y el mencionado Juan que está presente, enterado de esta escritura, dijo: que acepta la emancipacion que contiene, para usar de ella; que estima la merced que su padre acaba de hacerle, por lo cual le dá las debidas gracias; que se dá por entregado de los mencionados bienes y títulos de su pertenencia, y de ellos for-

maliza á su favor el competente resguardo. Así lo otorgan y firman ambos, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. N. y M., vecinos de esta villa. Y el espresado señor juez de primera instancia aprueba esta emancipacion, tiene por insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que contienen, y en todo, y á lo que en su virtud practique el emancipado interpone su autoridad y judicial decreto; manda que se den al interesado las copias y testimonios que pidiere, y tambien lo firma de que doy fé.

484 Si el padre no dá bienes algunos á su hijo, se ha de omitir la donacion que contiene la escritura anterior, la entrega y recibo de ellos, y sus títulos, con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion se reserva para sí algo del usufructo de los bienes adventicios, se espresará, y pondrá en lugar de la cláusula de donacion del usufructo. Si en la real gracia no se previene, como suele suceder en las que en el dia se espiden, que el juez haya de concurrir á la emancipacion, no es necesario este requisito, y debe omitirse en la escritura: y si esta se otorga antes, como en muchas ocasiones sucede, se ha de espresar en ella, que para usar el hijo de la emancipacion, y que sea válida, ha de obtenerse préviamente la real gracia, sin cuyo requisito será ineficaz.

485 Si concurre alguna de las cuatro causas por las cuales el padre puede ser compelido á emancipar á su hijo, debe este presentar escrito ante el juez del partido, esponiendo la causa y utilidad que se le sigue de ser emancipado, y pretendiendo se le reciba informacion de todo; y constando por ella su certeza, corresponderá al juez mandar que el padre le emancipe, y apremiarle á ello sino quisiere. En este caso se debe otorgar la escritura insertando en ella el espediente, omitiendo la cláusula de que el padre emancipa á su hijo de su libre y espontánea voluntad; y puesta la aceptacion, debe el juez interponer su aprobacion, como ya se ha dicho. Para esta emancipacion no es necesario que preceda autorizacion real, porque no es gracia lo que se obtiene, sino justicia concedida por la ley.

TITULO IX.

De la tutela y sus especies.

486 Tutela es guarda que se dá al huérfano menor de catorce años y á la huérfana menor de doce, que no se puede ni sabe amparar. (Ley 1, tít. 16, Partida 6.)

487 Se dá aunque los huérfanos no la pidan ni la quieran, y para las personas y bienes de los mismos, no para una sola cosa. (Ley 1, idem.)

488 Al que tiene tutor no se le puede dar otro, pero sí curador segun se dirá en el número 528. (Ley 13.)

489 El tutor puede ser *testamentario, legítimo y dativo.* (Ley 20)

490 No pudiendo los huérfanos ó pupilos gobernar ni defender sus personas y cosas, á causa de su tierna edad, era interés de la sociedad, y deber del legislador, proveerles de guarda y defensa para ambos objetos; pues aunque el Rey está obligado á guardar á todos los de su tierra, señaladamente lo debe hacer á estos, *porque son así como desamparado, é mas sin consejo que los otros.* (Ley 20, tít. 23, Part. 3). Por estas consideraciones se llama *carga* ó *cargo* público á la tutela, y nadie puede declinarla sin justa escusa, aunque su objeto prócsimo y directo sea la utilidad del mismo huérfano (1). Entiéndese aquí por *huérfano* al que ha perdido al padre, aunque tenga madre.

SECCION I.

De la tutela ó tutor testamentario.

491 Llámase tutor *testamentario* al que es nombrado en testamento ó codicilo. (Ley 2, tít. 16, Part. 6; ley 104, tít, 18, Part. 3.) (2).

492 Puede nombrarle el padre á sus hijos menores de la edad sobredicha constituidos bajo su potestad, y aun á los que están por nacer,

---

(1) Febrero siguió la doctrina corriente y que todos hemos recibido en las universidades al estudiar el Derecho Romano: *el tutor se da primariamente á la persona, secundariamente á las cosas; el curador al contrario.* Su reformador en una juiciosa nota hizo ver lo frívolo é infundado de esta doctrina, y nosotros abundamos en su sentir.

(2) Febrero dice, *«testamento, codicilo, ú otra última disposicion legítima, ó en contrato.»* Nosotros nos atenemos á la ley: y ademas no hallamos utilidad ni casi posibilidad en lo añadido por Febrero, ni de consiguiente la necesidad de confirmacion por el juez, cuando la otra última disposicion no sea legítima y perfecta.

(ley 3, tít. 16, Part. 6); aunque los desherede, estén ó no en su poder (1).

493 Puede tambien nombrarle á su hijo natural para que cuide de éste y de los bienes en que le instituye heredero; pero el tutor no podrá en este caso ejercer la tutela á menos de ser confirmado por el juez del lugar. (Ley 8, tít. 16, Part. 6.) (2).

494 La madre puede nombrar tutor á sus hijos huérfanos de padre, si los instituye herederos, y el nombrado no ejercerá la tutela sin ser antes confirmado por el juez del lugar; pero el juez le debe confirmar. (Ley 6, tít. 16, Part. 6.)

495 Si la madre nombrare tutor á sus hijos huérfanos de padre sin instituirles herederos, pero dejándoles por otro título alguna parte de sus bienes, valdrá el nombramiento, si el juez le quisiere confirmar. (Ley 6, tít. 16, Part. 6.)

496 Finalmente, puede cualquiera nombrar tutor á un huérfano estraño, instituyéndole heredero; en cuyo caso deberá tambien preceder al ejercicio ó entrada de la tutela la confirmacion judicial. (Ley 8, tít. 16, Part. 6.)

497 El tutor testamentario no puede ser gravado á que en su administracion siga los consejos de persona determinada, á menos que ésta sea tambien nombrada para la tutela; pues no pueden disminuirse los derechos que la ley concede á los tutores.

498 De lo espuesto se infiere, que siendo legítimos los hijos, no es necesaria la confirmacion judicial para poder usar de su cargo de tutor el nombrado por el padre, pues ninguna ley previene aquella solemnidad en este caso como en todos los demas, aunque lo mejor es que le confirme; escepto que el testador le confiera la facultad de administrar sin este requisito, pues entonces de ningun modo es necesario.

---

(1) ¿Qué justa causa de desheredacion puede caber en un huérfano? Y cómo puede éste dejar de estar bajo la pátria potestad? ¿Y faltando ella, cómo podrá darse tutor? Hay contradiccion sobre esto en los números 45 y 50 del Febrero reformado, tom. 5.

(2) Segun Febrero basta que el padre le legue algunos bienes; pero la ley requiere institucion de heredero. Debemos hacer algunas otras observaciones sobre la doctrina de Febrero en el número 52 del mismo tomo 5. Dice que el tutor nombrado por el padre en codicilo necesita de confirmacion; y ni él dá, ni nosotros descubrimos fundamento alguno legal para tal doctrina: la ley 2, tít 16, Part. 6, y la 104 título 18, Part. 5, no hacen distincion sobre este particular entre el testamento y codicilo. Dice tambien que el abuelo paterno puede dar tutor á sus nietos, nacidos y póstumos, como no hayan de recaer en la potestad de su padre. En esto siguió la disposicion de la ley 5, tít, 16, Part. 6, sin advertir que está ya derogada por la 47 de Toro, hoy 5, tít. 5, lib. 10, Novís. Recop., segun lo advierte su reformador Gutierrez: Pero ni la autoridad de éste, ni la respetable de Gomez en sus comentarios á la citada ley, ni la de Gregorio Lopez, glosa 4, de la ley 5, tít. 23, Part. 6, ni la de Sala en su Ilustracion tomo 1, páginas 166 y 161, nos detendrán para emitir con la debida modestia nuestra opinion contraria. Sostienen ellos que el hijo casado, sino está velado no debe ser habido por emancipado, ni de consiguiente, por libre de la pátria potestad: nosotros por el contrario creemos que lo está, sin que obste á ello la ley de Toro, por las razones que espusimos ya en la nota del número 476.

Añade Febrero, que para poder dar tutor á un pupilo estraño, ha de carecer el testador de ascendientes legìtimos: pero dejándoles su lejìtima, que son los dos tercios de los bienes del testador, bien podrá este dar tutor al pupilo estraño, nombrándole heredero en el otro tercio.

499 Si el padre ó la madre naturales dan tutor distinto á su hijo, y ambos tutores concurren á la tutela, será preferido cada uno en la administracion de los bienes que el nominador dejó á su hijo; y si no concurren, será tutor el primer nombrado y no el que lo hubiese sido despues, porque al que ya tiene tutor, no debe dársele otro (núm. 488.) En cuanto á los abuelos maternos y demas ascendientes por esta línea, se observará lo mismo que acerca de la madre.

500 La confirmacion, cuando la ley la ecsige, no sirve para suplir los defectos del nombrado, sino para autorizarle y darle suficientes facultades con que pueda evacuar plenamente su encargo, sin que se le ponga ningun reparo.

501 El tutor testamentario puede ser dado pura ó condicionalmente, y á tiempo cierto; pero con claridad, y de modo que se sepa ciertamente quién es el nombrado (leyes 7 y 8, tít. 16, Part. 6); por manera que si por haber dos de un mismo nombre y apellido resultare confusion, y no pudiese venirse en conocimiento de quien sea el realmente nombrado, ninguno de los dos tendrá la tutela.

SECCION II.

Del tutor legítimo.

502 Tutor *legítimo* es el llamado por la ley á la tutela del huérfano que no le tiene por testamento; sea que no testó su padre, ó testó y no nombró tutor, ó el nombrado murió antes que el testador. (Leyes 2 y 9, tít. 16, Part. 6.)

503 Asi, habiendo tutor testamentario, aunque sea estraño, no tiene lugar el legítimo, inclusa la madre del pupilo; la que podrá ser escluida por el padre testador, si deja tutor á sus hijos y no en otros términos. Por la misma razon la madre viuda, en el caso que la ley la autoriza para dar tutor á sus hijos, (núm. 494) podrá nombrar á un estraño y escluir al abuelo, sin que este pueda agraviarse de ello.

504 Tiene tambien lugar la tutela ó tutor legítimo cuando el nombrado en testamento no quiso serlo, ó si lo fué murió, ó se ausentó, ó faltó por otro motivo (1).

505 La ley llama en primer lugar á la madre del huérfano, y en segundo á la abuela, caso que quieran encargarse de la tutela: (ley 9,

---

(1) Mucho avanza Febrero en una sola línea: nósotros habemos copiado literalmente la ley con sus tres casos, que seguramente no son de los mencionados aqui por Febrero. Como éste no funda su doctrina, y en el silencio ú oscuridad de nuestras leyes de Partida se recurre comunmente á suplirlas ó interpretarlas por las romanas, nos limitaremos à decir que por estas es muy dudoso que muriendo el tutor testamentario despues del testador, tenga entrada el legítimo, y seguramente no la tiene cuando el testamentario se escusa ó es removido: en caso de ausencia larga y lejana del mismo, aun por nuestras leyes, debe proveerse de curador como se dirá luego. Seria muy de desear que se fijase con claridad cuándo tenga lugar la tutela legítima ó la dativa; la ley 3, tít. 16, Part. 6, dice que si la madre ó abuela (tutoras testamentarias), pasan á segundas bodas, el juez encomiende el huérfano al mas propincuo; la 4, tít. 18, dispone que en el caso de remocion del tutor, sin distinguir de especie, debe el juez dar por tal algun hombre bueno.

tít. 16, Part. 6). Por lo tanto, queriendo la madre ser tutora, escluirá aun á los abuelos paternos, con tal que, siendo los hijos espúrios, no sea ella ilustre (1) ó que los haya habido de dañado ayuntamiento por su parte; pero la abuela no escluirá á los abuelos, sino que concurrirá con ellos y ejercerán la tutela igualmente: el padre será preferido á la madre en la guarda de su hijo natural.

506 Queriendo la madre, ó la abuela en su caso, entrar en la tutela, deben prometer al juez del lugar dó son los huérfanos, que no casarán durante aquella, y renunciar la prohibicion legal que tienen de obligarse por otro. (Leyes 4 y 9, tít. 16 ,Part. 6.) (2).

507 Si á pesar de esta promesa casaren, debe el juez de donde esto acaece separarlas de la tutela, y encomendarla al pariente mas cercano de los huérfanos; y por el alcance que resultare á favor de estos, quedan obligados tanto los bienes de ellas como los de sus maridos. (Ley 5, tít. 16, Part. 6.)

508 El padre, segun queda dicho al núm. 503, no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora legítima de sus hijos: el único medio para privarla de la tutela es nombrarles tutor testamentario.

509 Lo espuesto en los números anteriores tiene lugar aun cuando la madre y abuela sean tutoras testamentarias (leyes 4 y 5, tít. 16, Part. 6); y aun cuando el difunto haya mandado que por contraer segundo matrimonio su muger no se le quite la tutela; porque este precepto cede en detrimento de tercero que son los hijos, y carece de facultad el marido para perjudicarles, violar las leyes, y hacer que su voluntad prevalezca sobre lo justamente ordenado por aquellas (3).

510 Si la madre y abuela, permaneciendo aun viudas, dicen al juez que quieren casarse y le hacen que provea de tutor á sus hijos, no recuperarán la tutela aun cuando despues del nombramiento de tutor muden de parecer y no se casen; ni tampoco, aunque casándose enviuden del segundo marido; pero podrá reelegirlas el juez, cuando los hijos no tengan ó no puedan tener tutor, ó éste no sea idóneo.

511 Si la madre y abuela no quieren la tutela, pasará esta al pariente mas cercano que sea idóneo, caso de no haber otro tutor testamentario; y lo mismo sucederá si la admitieron y luego se casaron.

512 Pero si habiéndola admitido acuden al juez diciendo que intentan casarse, y le piden que provea de tutor á sus hijos ó nietos, el tutor en este caso será dativo, y preferido al legitimo (4); y aun cuan-

---

(1) No conformamos con Febrero en escluir à la madre ilustre de la tutela de sus hijos espúrios, cuando la ley 11, tit. 13, Part. 6, que los escluia de la sucesion de la madre ilustre, está derogada.

(2) La ley 93, tit. 18, Part. 3, ecsige de la madre y abuela juramento de no casar; pero no está en práctica, y seria en verdad muy raro juramento.

(3) Asi lo siente Gomez, comentando la ley 14 de Toro al final del número 11, y lo sostienen Matienzo, Acebedo y otros; pero advertimos que es punto opinable, y que no faltan quienes sostienen lo contrario.

(4) El autor del Febrero reformado en una estensa y fundada nota impugna esta doctrina. Copia para ello literalmente la ley 2, tit. 16, Part. 6, y esclama en seguida: *«¿Es bastante motivo la solicitud de la madre para contravenir á una ley que no está derogada por otra? ¿Por qué no queriendo la madre la tutela, ó casándose despues de aceptada, ha*

do el tal tutor dativo case despues con la madre ó abuela, no por esto perderá la tutela pues que el padrastro puede tenerla, con tal que sea útil á su hijastro.

513 Esto mismo tendrá lugar nombrándole la madre en dicho caso; ó cuando lo consienten los tutores testamentarios ó parientes del pupilo; ó el menor ya adulto y capaz, libremente y sin sujestion de su madre, le elige por su curador; ó el nombrado en testamento se constituyó de peor condicion y conducta, que al tiempo de su nombramiento (1).

114 El padre no pierde por su segundo matrimonio la tutela ni administracion de los bienes de sus hijos, por cesar en él la razon de la prohibicion legal, por suponérsele mas fuerza y constancia de ánimo que á la madre, y porque el marido no está sujeto á la muger como la muger lo está al marido (2).

115 En defecto de la madre y abuela, son llamados á la tutela los parientes mas cercanos del huérfano; y si hubiere muchos en un mismo grado, lo son todos: los llamados deberán afianzar y jurar que harán cuanto sea á beneficio del pupilo. (Ley 9, tít. 16, Part. 6.) (3).

116 Si los llamados carecen de escusa legítima para no admitir

---

de ser tutor el mas cercano pariente, y en el caso de que se habla ha de ser el nombrado por el juez? ¿Nos dan Gomez, Gutierrez, Martinez y Gregorio Lopez que lo dicen, una buena razon de diferencia? Seguramente no.» Nos parece muy bien la doctrina de esta nota; pero repetimos nuestra observacion y deseos de mayor claridad sobre cuando haya de tener lugar la tutela legítima ó la dativa.

(1) Oscuro por no decir ininteligible nos parece Febrero en este párrafo, á escepcion de lo que dice del menor ya adulto.

(2) La razon dada en las Leyes 26, tit. 5, Part. 5; 4 y 19, tit. 16, Part. 6, para que la madre viuda que pasa á segundo matrimonio pierda la tutela de sus hijos, es porque suele amar tanto al nuevo marido, que no tan solamente le daria los bienes de sus hijos, mas aun que consentirà en la muerte de ellos por hacer placer á su marido. Pero ni esta razon de las leyes ni las que añade Febrero estan apoyadas en una constante esperiencia, ni satisficieron á su juicioso reformador. Si la viuda ama tanto á su nuevo marido, no ama menos el viudo á su nueva esposa; y la historia, asi como la esperiencia de todos los dias, nos presenta ejemplos de madrastras mucho mas influyentes sobre sus segundos maridos, y mas perniciosas á sus hijastros, que lo fueron los padrastros en su caso: baste citar el de Claudio y Agripina. Por otra parte, el amor de las madres hácia sus hijos es generalmente hablando mucho mas vivo y tierno que el de los padres; y hay ciertas posiciones, sobre todo entre los artesanos y gentes del campo, en que las viudas pasan á segundo matrimonio por el interés de sus mismos hijos. Todo podria componerse formando un consejo de familia de los parientes mas cercanos del pupilo, particularmente de los paternos, para resolver si la madre, á pesar de su segundo matrimonio, deberia ser conservada en la tutela. Esto bastaria para asegurar en cuanto alcanza la prevision humana la persona y bienes del pupilo, porque no todas las viudas tienen los conocimientos y medios necesarios para la obtencion de la dispensa: en Navarra el padre pierde tambien la tutela y administracion. (*Véase el formulario núm. 54.*)

(3) La ley 9 no ecsige la fianza sino á los parientes; segun la 95, tit. 18, Part. 5, parece que deben afianzar tambien la madre y la abuela, pues dice que se haya de insertar la escritura de la ley anterior basta el acabamiento, y en ella va inserta la fianza. Esta es la opinion de Gregorio Lopez en la glosa 8 de la Ley 9, tit. 16, Part. 6, y de Gutierrez, Parte 1, cap. 12, núm. 16, á quienes sigue Sala. La ley 94, tit. 18, Part. 5, habla tambien de tutores legítimos: en la práctica se ecsige á todos, legítimos, dativos, y aun á los testamentarios, si el testador no los relevó de ellas.

la tutela, podrán ser compelidos á su admision: esceptúanse la madre y la abuela (1).

SECCION III.

Del tutor dativo.

517 *Tutor dativo* es el que á falta de testamentario y legítimo nombra el juez, para que el pupilo no padezca detrimento en su persona y bienes. (Leyes 2 y 12, tít. 16, Part. 6.)

518 Cuando el padre no testó, ó testó, pero no nombró tutor, ó el nombrado murió antes que el testador, si no hay pariente cercano para encargarse de la tutela, ó lo hay pero no quiere ó no puede, debe la madre del pupilo y los otros parientes que heredarían al mismo si muriese sin testamento, pedir al juez que le nombre tutor (las mismas leyes 2 y 12): no pidiéndolo, pierden el derecho que habian, de heredar en los bienes del pupilo si muriese sin testamento (dicha ley 12), es decir, antes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de esta: como tambien el derecho á la sustitucion pupilar, aunque no á la fideicomisaria (2).

519 En la misma pena incurre el pariente á quien por derecho toca la tutela, si no la admite, careciendo de escusa legítima; y es de cuenta de todos respectivamente el daño que por su renuncia ú omision se cause al pupilo, aunque no sean interpelados: los que están obligados á pedir tutor dativo, deben hacerlo dentro de un año á contar desde la muerte del pupilo.

520 Si no hubiese parientes ó fuesen descuidados en pedir tutor, pueden pedirlo los amigos del pupilo, ó cualquier otro del pueblo (dicha ley 12): si nadie le pide, y el juez conoce que el pupilo está desamparado, puede nombrárselo de oficio, en virtud de la facultad que le concede el derecho (3).

521 Puede pedirse el nombramiento de tutor, no solo al juez del lugar ó domicilio del pupilo, sino tambien al de aquel donde nació el mismo pupilo ó su padre, ó donde tuviere la mayor parte de sus bienes; (dicha ley 12 (4).

522 Si todos los insinuados jueces se lo nombraren, prevalecerá el nombramiento que constase haberse hecho primero; y no pudiendo indagarse cual fué, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del juez del

---

(1) Sala en su Ilustracion sostiene que los parientes son libres en admitir ó no la tutela legítima, y parece que así lo persuaden las leyes 2 y 12, tít. 16, Part. 6: nosotros sin embargo estamos por lo que dice Febrero; porque en la tutela legítima hay razones mas poderosas que en ninguna otra para ser forzosa, á saber, los vínculos de la sangre, y la esperanza de suceder al pupilo.

(2) La ley 12 solo dice que pierdan el derecho que habian de heredar al pupilo, si muriese sin testamento: todo lo demas no pasa de opinion y doctrina tomada de las leyes romanas.

(3) No encontramos ley que dé tal facultad; pero segun la ley 3, tít. 10, Part. 2, al Rey toca ayudar y amparar señaladamente al huérfano.

(4) El juez para dar tutor debe tener jurisdiccion sobre el huérfano, y parece que no la tiene sino el del domicilio verdadero ó presunto.

domicilio del pupilo: pero la práctica es discernirse la tutela donde radica la testamentaría.

523 El nombramiento de tutor dativo ó curador para el hijo primogénito de Grande, corresponde esclusivamente al Rey, (Ley 17, título 1, lib. 6, Novís. Recop.), ó al magistrado á quien S. M. diese especial comision para hacerlo. (1)

SECCION IV.

De los curadores.

524 *Curador* es guarda que se dá al huérfano ó pupilo varon mayor de catorce años, y á la hembra mayor de doce, pero menores ambos de veinte y cinco. (Leyes 1 y 13, tít. 16, Part. 6.)

525 El menor no puede ser apremiado á recibir curador si no quisiere, á menos que haya de parecer en juicio, sea como actor ó como demandado. (Dicha ley 13.)

526 Concluida la tutela, de cualquier especie que sea, debe el juez dar y otorgar curador al menor. (Ley 12, tít. 16, Part. 6.)

527 Aunque no debe darse curador en testamento, si fuere dado, y el juez entendiere que es en provecho del menor, le debe confirmar. (Ley 13, tít. 16, Part. 6.) (2).

528 Se dá tambien curador á los mayores de 25 años, siendo sordos, mudos, locos, fátuos ó pródigos (3); y aun al huérfano que tiene tutor, en los casos siguientes:

1.° Si el tutor administra mal, ó por estar muy ocupado en sus cosas no puede cuidar bien las del pupilo.

2.° Si enferma, ó tiene que hacer larga y lejana ausencia; pero sanando ó regresando el tutor, cesará el curador dado por estas causas, (Ley 13, tít. 16, Part. 6; ley 60, tít. 18, Part. 3; ley 5, título 11, Part. 5.)

529 Hay por lo tanto entre la tutela y curadoría algunas diferencias: 1.ª el tutor se dá solamente al pupilo; el curador se dá á este, al menor de edad, y aun á los mayores de ella; 2.ª el tutor se dá principalmente para la custodia de la persona del pupilo, y secundariamente para la de sus bienes; en el curador sucede lo contrario (4).

---

(1) En alguna audiencia se ha puesto en duda si rige ó no hoy esta ley; pero la mayoría opinó y consultó en sentido afirmativo.

(2) Nos ha parecido conveniente poner á la vista con regularidad y concision las disposiciones puramente legales, aunque las de las leyes 12 y 13 parecen contradictorias, para que cada uno pueda formar su juicio y decidirse con mayor libertad en materias opinables.

(3) Muy diminuta es la ley en punto de uso harto frecuente; no dice si ha de preceder conocimiento de causa y declaracion judicial para un furioso ó fátuo, ni como se haya de hacer: la declaracion de fatuidad ofrece mayores dificultades que la de furor, y la de prodigalidad mayores que la de fatuidad. Entiéndese por pródigo á aquel á quien el juez declara tal en juicio contradictorio; el juez puede darle por curador tanto un pariente como un estraño. (Ley 5, tít. 11, Part. 5.) La ley no habla de curadoría legítima del furioso, y por de contado se ve que la del pródigo, que es equiparado á aquel, es dativa.

(4) Véase la nota al núm. 490. Se dá tambien curador al pupilo para todos los negocios en que él y su tutor tienen intereses opuestos.

3.ª el tutor se dá al pupilo aunque no le quiera, y el curador no se dá al adulto sino le quiere, á menos que sea para pleitos; 4.ª el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo, y el curador es solamente dativo, escepto para el furioso; 5.ª el curador se puede dar para un acto ó cosa sola, y el tutor ha de ser para todo y no para cierta cosa, (ley 1, tít 16, Part. 6), escepto para la aceptacion de herencia, (Gutierrez, cap. 6, números 9 y 10.) Pero convienen ambas en que las obligaciones del tutor y curador para la utilidad del menor, son las mismas.

530 Ningun derecho establece curadoría legítima, sino para el furioso (1) ó mentecato; y en caso de serlo el padre, puede dársele por curador su hijo capaz, mayor de 25 años y de buena conducta, con preferencia á un estraño.

531 Aunque no se puede dejar en testamento la curadería, si el padre la deja á su hijo, debe confirmarla el juez, si el nombrado fuese apto para evacuar su encargo; y el hijo podrá ser compelido á que le admita.

532 Por lo demas los adultos capaces no están obligados ni pueden ser compelidos á recibir curador contra su voluntad, para la administracion de sus bienes, y otras cosas y actos y negocios estrajudiciales; pero no debe deducirse de esto que los adultos no necesiten absolutamente de curador, que pueden gobernarse, tratar y contratar sin tenerle, quedar obligados natural y civilmente, y ser compelidos como si fueran mayores, sin diferencia alguna, sino que no se les debe precisar ni compeler á que reciban al que se les dé; porque pueden nombrarle por sí mismos, y siendo cual se requiere para desempeñar la curadoría, debe aprobarle el juez. Por lo tanto, si fenecida la tutela no quieren los menores que entren á desempeñar la curadoría el tutor ó curador que les dejó su padre por testamento, podrán nombrar otro, y deberá admitirle el juez hallándole idóneo. Sin embargo, una vez admitido por ellos el curador, podrán ser compelidos á estar bajo de su custodia hasta los 25 años, no probando escusa legítima para eesimirse de ella, ya sea por malversacion ú otro obstáculo de parte del curador, ya sea por casarse los mismos menores, ú obtener dispensa de edad para administrar sus bienes (2).

533 En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir el curador,

(1) Véase la nota del núm. 528.

(2) Las leyes romanas envolvieron este punto en no pequeña oscuridad, y Heineccio trató de conciliarlas con su acreditada erudicion y sana critica. Las nuestras no ofrecen menor incertidumbre y aparente ó real contradiccion, como puede verse por las 42 y 43, t. 46, Part. 6, que dejamos citadas: Febrero las esplica y concilia poco mas o menos como lo hizo Heineccio con las romanas. Segun esto deben ser raros los casos en que los menores carezcan de curador; porque ó tienen que nombrarle ellos, ó sino, continuará el tutor bajo el nuevo concepto de curador, ó recibirán al que el padre les dió en su testamento. Aunque no plazca esta doctrina al reformador de Febrero, nosotros no vemos otro medio de conciliar las leyes citadas; y ademas la hallamos útil para los mismos menores: vale mas prevenir los daños que repararlés despues por el tardió y costoso remedio de la restitucion. Por otra parte, ¿qué hombre de sano juicio querrá contratar con un mozo de quince ó diez y seis años?

ó el tutor si el menor fuere pupilo, (bien que, careciendo éste de tutor, se le puede proveer de curador para aquellos y otros negocios) y ambos deben agenciar en ellos por sí propios, no por procurador, y hallándose imposibilitados de practicarlo, pueden sustituir por su cuenta y riesgo la curadoría, eligiendo procurador que los defienda, y especificando el pleito en el poder que le confieran (1).

534 Los menores adultos, sean actores ó reos, en causa civil ó criminal, deben nombrar por sí curador de pleito que los defienda en ella: y reusando nombrarle, puede el juez por su contumacia elegirlo, para que no sea ilusorio y nulo el juicio por falta de persona legítima que comparezca en él, porque el menor no lo es para comparecer por sí, ni en la causas profanas ó temporales puede constituir procurador; de suerte que debe hacerlo en su nombre su curador ó tutor, ó el procurador que estos nombren. (Ley 3, tít. 16, Part. 6.) (2). Ademas, puede el juez de oficio dar curador de pleito al mayor de veinte y cinco años, que despues de principiarse se volvió loco.

535 Sin embargo, como los adultos son reputados por mayores en las causas espirituales y beneficiales, podrán comparecer judicialmente por sí en ellas, caso de no tener padre, y constituir procurador con mandato ó poder especial para cada uno, por no ser bastante el general: pero esto no se estiende y permite á los pupilos. (Cap. fin. *de Judic. in* 6; Lara. *Comp.*, cap. 24, núms. 44, 45 y 46.) (3).

536 Al juez del domicilio del menor corresponde el nombramiento de curador, cuando se pide simple y generalmente para todos los pleitos y causas que le ocurran; pero si el menor le pide estando ya incoado el pleito ó causa, corresponderá el nombramiento al juez que entienda en la misma. (Vela, *disert.* 2, desde el núm. 42.) El curador asi nombrado, puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de éste, concernientes al pleito ó causa y su ejecucion; porque esto no es acto ó cosa nueva ni diversa: como tambien los que hayan de preceder al mismo pleito ó causa, si el menor no tiene tutor ó curador de bienes; mas no si le tiene. (Lara, lug. cit., núm. 20 al 24.)

---

(1) En el dia no solo no estan obligados á obrar por sí mismos, sino que no serán admitidos, y tendrán que valerse de procurador de número como todos los otros; cesando de consiguiente la distincion que hace la ley 5, tit. 5, Part. 3, entre antes y despues de la contestacion del pleito.

(2) Es claro que en este número se habla de los adultos que no tienen curador; porque si le tienen, podrán nombrar procurador para pleitos, con otorgamiento de aquel; y si le nombrasen por sí solos no se lo otorgando su curador, todavia valdrá lo que hiciere el procurador á pró del menor. (Ley 5, titulo 5, Part 5.)

(3) Segun el capítulo que se cita, no tiene necesidad el menor del consentimiento de su padre para comparecer en juicio, tratándose de causas espirituales y beneficiales. Ni es fácil encontrar una razon sólida de diferencia entre dichas causas y las demas, para permitir que en aquellas pueda el menor obrar por sí, y en estas no. Es verdad que si en las primeras recibiese algun perjuicio, podrá ser restituido (Lara, *Comp. vit. hom.*, cap. 24, núms. 48 y 49); mas ¿por qué ha de darse lugar á implorar la restitucion? (Febrero reformado.) A estas juiciosas observaciones añadimos nosotros, ¿cómo es que reputándose los adultos por mayores en todas las cosas espirituales, á las que indudablemente corresponde el juramento, se tiene por necesaria la asistencia del curador, siempre que lo ha de prestar en una causa criminal el reo menor de edad?

Para intervenir en otros negocios es menester que no haya curador de bienes, y que le habilite especialmente el juez con maduro ecsámen y conocimiento de necesidad ó utilidad: doctrina que deberá tenerse presente, porque hay muchos que debieran saberla, y todavía la ignoran.

537 Finalmente, se nombran curadores ó defensores á los bienes de los ausentes de su patria desde mucho tiempo, y cuyo paradero se ignora; á los de los cautivos; á los del difunto, cuando su herencia está yacente ó sin aceptar; y á los de otros que menciona Garcia, de *expensis*, cap. 20 al princip. (Ley 12, tít. 2. Part. 3.)

SECCION V.

Quiénes no pueden ser tutores ni curadores.

538 Están prohibidos de serlo el mudo, el sordo, ó el que por algun otro aje ó enfermedad corporal no puede trabajar en pró del huérfano; el pródigo declarado judicialmente tal, y el hombre de malas costumbres; el menor de veinte y cinco años, y la muger, á escepcion de la madre y abuela que pueden serlo por testamento ó legítimas, con sujecion á lo dispuesto en el núm. 560. (Leyes 4 y 14, tít. 16, Part. 6.) El obispo y el clérigo; sin embargo, este es admitido á la tutela legítima, si dentro de cuatro meses desde que supo haber recaido en él, declarare ante el juez ordinario del lugar, que quiere serlo. (Dicha ley 14.) (1).

539 Estan prohibidos tambien de serlo: el deudor del huérfano, á menos que sea nombrado en testamento por los padres del mismo; el obligado á dar cuentas al rey por razon de sus rentas, y el militar en servicio activo. (Dicha ley 14.) (2).

540 Tampoco pueden ser tutores el escomulgado vitando, el fiador del pupilo ó menor, ni el que empeoró mucho de condicion, como si de rico vino á pobreza; pues aunque le nombre el padre, no debe confirmarle el juez.

541 La prohibicion impuesta al menor de veinte y cinco años debe entenderse aun cuando esté casado, porque la ley habla indistintamente, y el matrimonio no da capacidad para cuidar de otro; y de consiguiente la madre del huérfano que no haya cumplido aquella edad, no podrá ejercer la tutela, y el juez proveerá entretanto de un curador que administre los bienes del pupilo. (3).

---

(1) La ley 14 prohibe tambien al monje ó religioso profeso; pero lo habemos omitido de intento. El menor de veinte y cinco años puede ser nombrado en testamento, aunque no entrará à ejercer la tutela hasta haberlos cumplido. (Ley 7, tit. 16, Part. 6.)

(2) Luego se verà que la ley 2, tit. 17 pone como escusa voluntaria, y no como impedimento ó prohibicion, el ser recaudador de las rentas del Rey.

(3) Sin embargo, el casado administra sus bienes y los de sus hijos asi que entra en los diez y ocho años; ¿por qué no podrà administrar los de los otros y ser tutor? Sin duda porque lo primero es un beneficio ó privilegio para la multiplicacion de los matrimonios, y lo segundo es una carga. (Ley 7, tit. 2, lib. 10, Novís. Recop.) De este punto, y de si podrá ser tutor el menor que obtuvo dispensa de edad, tratan varios autores, y convienen unánimemente en la negativa, por muchas y sólidas razones que podrán verse en los mismos. En el Febrero

SECCION VI.

Quiénes pueden escusarse de ser tutores ó curadores.

542 Pueden escusarse los que tienen cinco hijos legítimos y naturales vivos, contándose para este efecto los que murieron en batalla por Dios y por el Rey. Entiéndense hijos varones; mas parece que muriendo estos con hijos tambien varones, y vivos al tiempo de proponerse la escusa, debian aprovechar. A los muertos en los términos de este número llama elegantemente la ley 3, tít. 25, Part. 2, *pasados*, no muertos.

Los recaudadores de rentas del rey (1); los mensageros de este, y los que han de juzgar y cumplir la justicia por obra; pero estos no quedan libres de la tutela que recibieron antes de entrar en sus oficios.

El que por mandado del Rey ó en servicio del mismo ó del público se ausentase á parte muy lejana puede escusarse de la tutela que recayere en él durante su ausencia, y un año despues de su regreso;

---

reformado se pone la nota siguiente: « Dispensa á una muger viuda de la edad que le falta para cumplir los veinte y cinco años, á fin de poder ser tutora de los hijos que le quedan de su difunto marido: sirva á razon de cien ducados vellon por año, cap. 30 del nuevo arancel de las gracias llamadas al sacar por dispensa de ley, inserto en Real Cédula de 21 de diciembre de 1800. » Nosotros encontramos que en la nueva tarifa ó arancel de 5 de Agosto de 1818 esta gracia queda esceptuada con otras de pagar servicio alguno, por oponerse al bien del Estado.

(1) Algunas de estas escusas merecerian aclararse hoy dia; otras son necesarias ó impedimentos, como la menor edad, la enemistad capital: quién se entienda por enemigo para poder ser tachado como testigo, lo dicen la ley 22, tít. 16, Part. 3; y la 6, tít. 33, Part. 7. Sin embargo, Febrero reputa como simplemente voluntarias y de puro decoro las escusas por enemistad capital, y por el pleito nuevo sobre todos ó gran parte de los bienes del huérfano. Dice tambien que está escusado el mayor de sesenta años: tal vez sea errata de impresion, porque la ley 2 citada dice terminantemente «*mayor de setenta*:» que el varon para obtener habilitacion ó venia de edad, necesita tener veinte años y la hembra diez y ocho; esto era cierto por Derecho Romano y podia serlo en la práctica, pero no lo hallamos dispuesto en ninguna ley pátria. Ni conformamos con Febrero, por mas que cite á Gutierrez, cuando dice, que el que tiene dos tutelas y una curaduría de bienes juntamente, no puede ecsimirse de una nueva tutela ó curaduría. Precisamente esta es una materia en que se deja mucho al prudente arbitrio del juez: por un lado, no parece justo sobrecargar á uno con el cuidado de cosas agenas, en términos que tenga que abandonar las suyas; y por otro, redundaría en daño de los mismos huérfanos: así es que el fundamento de esta escusa es la presunta imposibilidad del tutor para desempeñar debidamente cuatro ó mas tutelas á un tiempo. Pero como la presuncion cede siempre á la realidad, y como en esta materia entren por mas las cosas ó bienes que las personas, se tiene por una tutela la de dos ó mas pupilos, cuando su patrimonio está indiviso; y al contrario, se reputarán tantas tutelas cuantos sean los pupilos estando dividido su patrimonio, porque en este caso se multiplican la administracion y cuentas. Por iguales consideraciones escusará una sola tutela, si es tan vasta y trabajosa que equivalga á muchas, y no escusarán tres siendo ligeras ó afectadas. Si pues son las cosas ó bienes á los que se atiende siempre y no á las personas, y esta especie de escusa se funda en la imposibilidad, ¿no ecsisten acaso las mismas cosas ó bienes y la misma imposibilidad respecto de la curaduría que de la tutela? ¿Y no son ambas á dos una carga ó cargo público, instituido para utilidad de los huérfanos?

pero debe encomendar á otros la que ya tuviere, y reasumirla cuando vuelva.

El tutor ó curador, entre quien y el huérfano ocurriere de nuevo pleito sobre todos ó gran parte de los bienes de este.

El que tuviere tres tutelas ó curadurías, puede escusarse de la cuarta.

El pobre en términos que haya de mantenerse con el trabajo de sus manos.

El que padece enfermedad incurable.

El que no sabe leer ni escribir.

El que tuvo enemistad capital con el padre del huérfano, ó fué su enemigo conocido, si no medió despues reconciliacion; y se dirá que tuvo enemistad capital, cuando le acusó de cosa que probada le hubiera acarreado pena de muerte ó de infamia, ó si atentó de otro modo contra su vida.

El que fuere mayor de setenta años, y menor de veinte y cinco.

El empleado en la córte del Rey ó en otro lugar por su mandato, ó por pró comunal.

Los que en su tierra ó en otro lugar y por mandato del Rey enseñan gramática, retórica, dialéctica ó medicina.

Los maestros de leyes que sirven al Rey y van con él como jueces ó consejeros.

Los que enseñan filosofía.

Y el que fué tutor de uno, puede escusarse de ser su curador, concluida la tutela. (Ley 2, tít. 17, Part. 6.)

Gozan tambien de escusa para no ser tutores ni curadores, los que tuvieren doce yeguas de vientre, y dende arriba. (Ley 3, tít. 29, lib. 7 Novís. Recop.)

SECCION VII.

Cómo y cuándo se han de proponer las escusas.

543 Para que los tutores y curadores no sean compelidos á desempeñar su encargo, deben antes de aceptarlo hacer ver su escusa al juez donde se hubiese hecho el nombramiento, y pedirle que dé otro tutor ó curador al menor. (Ley 4, tít. 17, Part. 6.)

544 La escusa debe ser propuesta dentro de los cincuenta dias siguientes á aquel en que tuvieron noticia judicial de su nombramiento, si estan en el lugar en que se hizo, ó en otro que no diste de éste mas de cien millas (dicha ley), ó sean treinta y tres leguas y un tercio (1).

Si el tutor ó curador estan en lugar mas distante, se les dá un dia por cada veinte millas, y treinta dias mas para proponer sus escusas, (dicha ley); pues no escusándose dentro de aquel término, es visto haber aceptado su cargo (2).

---

(1) La ley no dice noticia judicial, sino desde que él supo primeramente que era dado por guardador. Segun la ley 25, tit. 26, Part. 2, tres mil pasos, es decir, tres millas hacen una legua.

(2) Pero de modo que no baje de cincuenta dias, para que no acontezca que el mas distante sea de peor condicion ó tenga término menor que el mas cercano. Mejor

545 El juez debe dar su sentencia dentro de cuatro meses, á contar desde el dia en que comenzó á correr el término para proponer las escusas (dicha ley), y el pleito ó espediente se sustanciará con el curador que se nombre al menor (1).

546 El tutor ó curador que se sintiere agraviado de la sentencia del juez, podrá apelar de ella, en la forma que de otra cualquiera sentencia. (Dicha ley, y la 8, tít. 23, Part. 3.)

Si el juez del alzada desechare tambien la escusa, debe apremiar al tutor ó curador á que admita su encargo, y condenarle en los daños causados por la no admision, desde el dia del nombramiento hasta el de la última sentencia. (Ley 8, tít. 23, Part. 3).

547 El tutor y curador no se escimirán de su cargo por decir que no hallan quien les fie, mientras esto no conste.

548 El tutor testamentario que rehusa la tutela, pierde el legado y lo demas que le dejó el testador, cuando se conoce que éste lo hizo para que la admitiese (2).

SECCION VIII.

Del juramento y fianza que deben preceder al discernimiento de la tutela ó curaduría.

549 El tutor y curador, séase testamentario, legítimo ó dativo, antes de apoderarse de la persona y bienes del menor, y de que se les discierna la tutela ó curaduría, deberá jurar en manos del juez ó del escribano por él comisionado, y obligarse á que evacuará fiel y esactamente su cargo, cuidando del huérfano y de sus bienes como corresponde, llevando cuenta y razon individual clara y espresiva de todos los productos, y de los verdaderos y efectivos gastos que haya en su conservacion y reparos, y en la educacion y alimentos del mismo menor, para darla cuando se le mande, y apronlar el líquido en que resulte alcanzado, sin perjudicar ni dejar indefenso al huérfano, sopena de satisfacer los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le ocasionen, y tomando para el acierto los consejos necesarios de letrados y peritos. (Ley 9, tít. 16, Part. 6.) El curador para pleitos deberá tambien jurar el cumplimiento de lo que le toca.

550 Debe ademas el tutor ó curador afianzar por las resultas de la

---

fuera decir que se les concede un dia mas sobre los cincuenta, por cada veinte millas que pasen de las cien. Aunque el tutor y curador se perjudiquen por su silencio ú omision para un caso dado, podrán sin embargo proponer sus escusas para las tutelas que despues les sean encargadas.

(1) O con los parientes mas cercanos, y aun con el mismo menor si hubiere cumplido los catorce años; pero de todos modos el juez le ha de nombrar un curador provisional; y si fuere desecha la escusa por insuficiente ó no probada, serán de cargo del que se escusó todos los perjuicios que entretanto y por esta razon haya sufrido el menor.

(2) Asi estaba dispuesto por Derecho Romano y con evidente justicia; pero no lo hallamos espreso en el nuestro. Sin embargo, estamos de acuerdo con la doctrina de Febrero como conforme á equidad y á la mente del testador. (Véase lo dispuesto sobre la madre y parientes en un caso parecido, núm. 519.)

tutela ó curaduría. En verdad que la honradez y buenas costumbres son de mas valor y mas dignas de aprecio que las riquezas y dignidades; por lo que parecia que al hombre adornado de aquellas recomendables prendas, que son la real y verdadera nobleza, debia discernirse la tutela ó curaduría sin fianzas, especialmente siendo corta la herencia del huérfano. Pero como por desgracia sean tan raros los hombres honrados, al paso que son muchos los tutores infieles ó negligentes (1), ordenó el legislador, á fin de que el huérfano tuviera de que reintegrarse y no quedara defraudado, no solo que juren, sino tambien que afiancen, aun cuando sean muy ricos, la responsabilidad de su cargo; tanto por el alcance que resulte contra ellos en sus cuentas, como por los daños que de su culpa ú omision se le originen, á lo que se obligará el fiador en subsidio del tutor, y hecha antes la escusion en los bienes de éste. No afianzando el tutor y curador con bastante seguridad, no se les discernirá el cargo, será nulo cuanto hagan, y se les podrá privar de la administracion. (Leyes 94, tít. 18, Part. 3; y 9, tít. 16, Part. 6.)

551 El juez debe ser muy cauto en la recepcion de estas fianzas, pues que no siendo buenas, tendrá el menor accion subsidiaria contra él; pero si lo eran cuando las recibió, no será responsable, aunque se empobrezcan despues los fiadores, porque ni responde de los casos fortuitos, ni debe serle gravoso ó nocivo su oficio cuando no ha mediado culpa suya (2). Los curadores para pleitos suelen tambien afianzar, pero aunque no lo hagan, no por esto será nulo el acto, puesto que ni administran, ni tienen que hacer inventario, ni que dar cuentas como los otros; y así las fianzas en este caso vienen á ser aparentes y nominales. (Lara, cap. 24, núms. 29, 30 y 31.)

552 Esta obligacion de afianzar alcanza á los tutores y curadores legítimos, inclusas la madre y abuela; bien que no se les han de pedir fianzas tan cuantiosas como á los demas parientes tutores, y habrán de recibirse las que buenamente puedan ofrecer, pues por el amor que profesan á sus hijos y nietos, á quienes por último han de dejar su hacienda, se presume en derecho, que lejos de disiparles su patrimonio, han de procurar conservarlo y aumentarlo.

553 Tiene tambien lugar dicha obligacion en los tutores y curadores dativos, ó que por falta de testamentarios y legítimos nombra el juez, inferior prévio conocimiento de causa; porque no reside en él la alta potestad que en los tribunales supremos, para ecsimirlos de su dacion (3).

---

(1) *Hay mas seguridad en la cosa ó fianza que en la persona*, dice una regla de derecho; á mas de que la prueba de las buenas prendas morales es muy equivoca, y el bueno hoy, puede dejar de serlo mañana.

(2) Esta accion subsidiaria contra el juez no tiene apoyo ó disposicion especial en nuestras leyes como la tenia en la Romanas, y solo podrá fundarse en la responsabilidad general de todo juez á la reparacion de daños causados por su culpa ó ignorancia; pero los jueces en este y demas casos en que de oficio tienen que recibir fianzas, suelen mandar que las reciba el actuario de su cuenta y riesgo, y con esto cubren, al menos de hecho, su responsabilidad.

(3) Esto sabe demasiado á Derecho Romano, pues segun la ley 12, tít. 16, Partida 6, el tutor debe ser dado por el juez del lugar sin diferencia alguna en cuanto á los efectos ú obligaciones por la calidad ó categoría del juez: aun la pequeña distin-

554 Pero los testamentarios, bien sean los parientes mas cercanos, bien estraños, y confirmados ó no por el juez, no estan obligados á afianzar; pues ademas de no mandarlo nuestras leyes, por el hecho mismo de nombrarlos el testador, es visto que aprobó su fé y diligencia para la guarda de la persona y la administraciou de los bienes del huérfano: y mucho menos lo estarán si los releva de fianzas, cuya relevacion, aunque no necesaria, suele ponerse á mayor abundamiento en las últimas disposiciones; y conviene que así se haga, para evitar disputas con ignorantes (1). Lo propio ha de decirse del curador nombrado en testamento, si es de buena conducta, y no de otra suerte.

555 Sin embargo, la doctrina espuesta en el número anterior tiene dos escepciones: 1.ª cuando el tutor es de mala fama y no le conoce el testador; pues no es creible que á saberlo éste le hubiera elegido, y por lo tanto no está obligado el juez á conformarse con su voluntad (2): 2.ª cuando siendo muchos los tutores testamentarios, quiere uno de ellos administrar por sí solo; en cuyo caso está obligado á dar fianzas á los otros tutores sobre la indemnidad del pupilo y la de ellos mismos, á menos que el testador le hubiese conferido especialmente la facultad de administrar.

556 Sin que preceda el discernimiento ó confirmacion de la tutela ó curaduría hecho por el juez, nada deben hacer los tutores y curadores, y no valdrá lo que hicieren; pero la madre podrá administrar sin el discernimiento, y en esto se diferencia de los demas tutores testamentarios (3).

SECCION IX.

Del inventario.

557 Ademas del juramento y fianzas que deben preceder al discer-

---

cion que hace la ley, cuando el mozo tenga mas ó menos de quinientos maravedises, ademas de no tener aplicacion, nunca puede influir en la dacion ó relevacion de fianzas, sobre las que nuestras leyes, al hablar de tutores dativos, guardan un completo silencio.

(1) Nos parece muy fundada y mas conforme á derecho esta doctrina de Febrero; pero no podemos menos de advertir, que en la práctica de esta misma Corte y por jueces tan celosos como instruidos, se ecsigen fianzas á los tutores testamentarios, cuando el testador no los ha relevado espresamente de ellas. En corroboracion de esto mismo, obsérvese que en el Febrero reformado, y á continuacion de la materia de tutelas, se ponen varios pedimentos sacados del señor Elizondo, siendo uno de ellos el de un tutor testamentario, que pide la tutela y se allana á dar las acostumbradas fianzas. Nuestras leyes guardan sobre los dativos el mismo silencio que sobre los testamentarios; si estos tienen á su favor el testimonio ó nombramiento del testador, aquellos tienen el muy respetable de un juez, que no procede á hacerlo sino despues de un detenido ecsàmen y conocimiento de causa. ¿Por qué pues tachar de ignorantes á los jueces porque practican lo mismo en ambos casos, y cuando esta práctica es notoriamente beneficiosa á los pupilos? (Véase la nota al núm. 550.)

(2) Nos parece aventurada esta primera escepcion: ¿quién es el padre que confia las personas y bienes de sus hijos, que subroga en su lugar de padre, à persona que no conoce? Y esto se dice en el mismo número en que se dà tanto valor y peso al nombramiento hecho por el padre. Ademas, si el nombrado es de mala fama, no la tendrà mejor porque afiance, y en tal caso valdrà mas removerle.

(3) No encontramos esta diferencia ó distincion á favor de la madre en las le-

nimiento, despues de hecho este y no antes, los tutores y curadores deben formar inventario solemne ante escribano público y testigos, de todos los bienes muebles, raices, créditos, derechos y acciones pertenecientes al menor, y de los créditos que tenga á su favor, pero no de las deudas, á costa del mismo, y sin que sea necesaria la presencia del juez: esta diligencia no puede escusarse, aun cuando el padre del huérfano los haya relevado de ella, sin embargo de que algunos dicen lo contrario; porque la tal relevacion cede en detrimento de su hijo, como que puede ocasionar y facilitar la ocultacion de los bienes (1).

558 El inventario, una vez hecho, tiene tal fuerza que no se admite á los tutores y curadores contradiccion, aun cuando quieran poner en él mas bienes de los que tenia el menor, y probarlo así al tiempo de dar las cuentas de su tutela ó curaduría; (Leyes 99 y 120, título 18, Part. 3 y 2, tít. 7, lib. 3 del Fuero Real; *Gutíerrez de Tut.*, parte 2, cap. 1, núms. 14, 30, 35 &c. y 41 y 81.

559 La ley no les prefija término para principiarlo y concluirlo; solo sí manda que lo formalicen lo mas pronto posible despues que les haya sido discernida la tutela, y que se les pueda remover de esta por sospechosos, si tardan mucho tiempo en hacerlo, no teniendo justo impedimento, (ley 15, tít. 16, Part. 6.) Mas lo que se practica es entregarles los bienes por inventario antes de entrar en el ejercicio de su cargo, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan, y de este modo se evita todo fraude y sospecha de ocultacion (2).

560 Cuando hay tutor testamentario, ó por nohaberlo le nombra el juez, ó cuando los mismos menores siendo ya adultos nombran curador, bastará que éste ó el tutor en su caso asista por el pupilo ó meno-

---

yes 4, 6 y 8, tit. 16, Part. 6, citadas por Febrero; en el núm. 60 no hace ninguna, ni se advierte rastro de ella en los formularios.

(1) La ley 15, tit. 16, Part. 6, dice que se haga con otorgamiento del juez del lugar por mano de alguno de los escribanos públicos; y sobre esto puede verse la glosa tercera de Gregorio Lopez. La ley 99, tit. 18, Part. 3, pone el modelo ó fórmula del tal inventario, y no hace mencion del juez, sino de escribano y testigos. Febrero afirma terminantemente en otro lugar, que ni las leyes 99 y 100, tit. 18, Part. 3, ni la 5, tit. 16, Part. 6, ecsigen la presencia del juez; pero de esto y de la division del inventario en *solemne* y *simple* ó *descripcion*, se tratará en la particion de herencias. Dice Febrero que no han de espresarse en el inventario las deudas que tenga contra sí el huérfano, y si sus créditos; pero no dá razon de ello, ni cita ley alguna. Febrero no es consiguiente consigo mismo en este punto, porque entre los obligados á hacer inventario solemne comprende á los tutores y curadores, y al tratar de aquel poco antes, habia sentado que deben inventariarse las deudas puras, condicionales ó á dia cierto que el testador tenia á su favor ó contra sí; lo que por otra parte se halla espresamente ordenado en la ley 100, tit. 18, Part. 3. Es constante en Derecho Romano que el padre puede relevar al tutor de la formacion de inventario solemne, para evitar que el descubrimiento de una pobreza honrosa atraiga el desprecio sobre el huérfano, ó que el de la opulencia le haga envidiosos; pero aun en este caso debe el juez obligar al tutor á que forme una descripcion ó catálogo privado de los bienes del pupilo, como antecedente necesario para la dacion de cuentas y devolucion de los sobrantes.

(2) El término debe ser mayor ó menor atendidas la cantidad y calidad del patrimonio del pupilo, y en consideracion á estas y otras circunstancias debe prefijarlo el juez. Si el pupilo no tuviere bienes, deberá el tutor protestarlo asi ante el juez, para que en ningun tiempo le pare perjuicio la falta de inventario.

res al inventario y particion, y á lo demas que ocurra, sin que sea necesario nombrar curador especial ó de pleito, ni gravar á los menores con dietas ó salarios supérfluos para el tal curador, como por abuso y por no resistirlo los tutores y menores, sin duda por ignorancia, se suele hacer en algunos pueblos; pues que habiéndoles sido discernido el cargo, pueden ya otorgar poder y sustituir por su cuenta y riesgo la tutela y curaduría para lo que sea preciso, á no ser que el tutor ó curador sea partícipe en la herencia; si tal ocurre, se hace indispensable que un curador especial ó contutor, caso de haberlo, defienda á los pupilos ó menores, para que no sean perjudicados.

561 Si los tutores ó curadores omitieren la formacion del inventario por dolo, y no por imposibilidad ú otra justa causa, deberán abonar á los menores el daño ó perjuicio que prueben habérseles originado; por lo que, pereciendo algunos animales, ó deteriorándose otros bienes durante su dolosa omision, estarán obligados á resarcirles su pérdida ó menoscabo; y no solo cuando no perecerian los bienes á haberse hecho el inventario en tiempo debido, sino tambien cuando igualmente hubieran perecido caso de haberse hecho, á pesar de que el deudor de especie cierta ó cosa determinada queda libre de su entrega ó solucion, cuando aquella perece sin culpa del mismo.

562 Pero aunque hayan hecho el inventario á su debido tiempo, si no le formalizaron con la rectitud, pureza, claridad, é individualidad correspondientes, ó si con dolo y sin causa justa dejaron de incluir en él todos los bienes y créditos de sus menores, ó los pusieron con tanta oscuridad y confusion que no se les puede reconvenir por cosa cierta, serán igualmente responsables al daño ó interés, el cual se probará por el juramento llamado *in litem* ó sobre el pleito que haga el interesado capaz de jurar, estando cierto de lo que jura y pide, y concurriendo en él los demas requisitos prevenidos en la ley 5, tít. 11, Partida 3, de que se hablará en el tratado de juicios civiles.

563 El tutor y curador no pueden administrar ni practicar acto alguno relativo á su cargo antes de hacer el inventario; lo que de otro modo practicaren será nulo, y ellos mismos podrán ser removidos como sospechosos, quedando ademas infamados. (Leyes 15, tít. 16, Part. 6 y 5, tít. 6, Part. 7.) A pesar de esto, la costumbre es aprobar lo que hicieron antes de la formacion del inventario, sin atender á otra cosa mas que á si les está discernido el cargo, para tenerlos por personas legítimas (1).

SECCION X.

De la administracion y demas obligaciones de los tutores ó curadores.

564 Siendo muchos los tutores, y no habiendo acuerdo entre ellos sobre quién haya de administrar, puede uno de ellos decir al juez que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos, ó si no que lo haga

(1) Pero bien podrán practicar aquello que de ninguna manera admite dilacion.

otro de los tutores; si estos convienen, debe el juez recibir la fianza, y se encargará de la administracion el que hizo la propuesta. (Ley 11, título 16, Part. 6.)

Pero si todos quisieren obligarse y administrar, deberá escoger el juez al que de ellos entendiere que lo hará mejor y será mas útil al pupilo; de consiguiente le recibirá la fianza y le dará poder para que él solo administre la tutela. (Ley dicha.) Si el padre designó á uno de los tutores para la administracion, se le encargará á él solo. (Véase el número 555.) (1).

565 Las obligaciones del tutor y curador tienen por objeto la persona ó los bienes del huérfano. En cuanto á la persona, deben aquellos haciendo las veces de padres educar bien al huérfano, hacerle aprender á leer y escribir, y darle el oficio ó profesion mas adecuado á sus circunstacias de nacimiento, poder y riqueza. (Ley 16, tít. 16, Part. 6.)

Deben tambien alimentarle y darle todas las otras cosas que hubiere menester, cuidando de hacerlo con proporcion á sus bienes. (Dicha ley 16.)

566 El testador puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües y escesivos á lo que segun su esfera pueda gastar en su educacion y manutencion; en cuyo caso no tiene que dar cuenta de su inversion como es corriente en esta Corte, y con dicha asignacion se discierne el cargo á los nombrados.) (2)

567 Si el testador nada proveyó sobre alimentos, debe el juez señalarlos segun su prudente arbitrio y la riqueza del huérfano: procurando empero que salgan de los frutos y rentas, quedándole salvos los bienes. (Ley 20, tít. 16, Part. 6.) (3).

---

(1) Los tutores pueden ser convenidos *in solidum.*, aunque distribuyan entre sí la administracion de los bienes ó la encarguen á uno solo; pero gozan del beneficio de órden ó escusion, del de division y cesion de acciones, (Sr. Conde de la Cañada, juicios civiles, pág. 367, núms. 25, 26 y 27: lo mismo se lee en el Febrero reformado, tomo 5.° pág. 90.) Si los tutores no se conforman con que uno solo administre, y piden que la tutela ó su administracion se divida por regiones ó provincias, deben ser oidos. (Gregorio Lopez, glosa cuarta á la dicha ley) Sin embargo, nos parece duro é injusto que hayan de quedar los tutores sujetos á responsabilidad y á la accion subsidiaria cuando el padre designó á uno para la administracion, pues tienen que pasar por esto contra su voluntad, lo que no sucede en los otros casos.

(2) Pero en esto debe tener gran parte el prudente arbitrio y justificado ánimo del juez, porque un padre no es libre enteramente para privar á sus hijos de los frutos ó rentas de su legítima ó mayorazgos, por favorecer á la madre ó á un estraño.

(3) Pocos son los casos en que se acude al juez para que señale alimentos al huérfano; y aunque tanto el juez como el tutor deben procurar que salgan de los frutos ó rentas sin tocar á la propiedad de los bienes, convienen todos en que para mejor conseguirlo pueden ser destinados los huérfanos, segun sus circunstancias y las de sus padres, á ciertas artes ú oficios. El número siguiente dá bien á entender que el tutor no tiene una absoluta necesidad de acudir al juez para la designacion de alimentos, aunque la razon que se dá para ello no satisface, porque la pobreza ó riqueza del huérfano se ha descubierto ya por el inventario.

568 Con todo, si el tutor ó curador alimenta de lo suyo al huérfano por entender que puede venirle daño de descubrir su pobreza ó riqueza, y la cantidad de alimentos fuese arreglada, ó poco mas, deberá abonarla despues el huérfano de lo suyo. (Dicha ley 20.)

569 El huérfano debe ser criado en la casa y con las personas que señaló su padre; no habiéndolo este dispuesto, escogerá el juez para ello un hombre bueno, pero que no tenga derecho de heredarle, por el temor de que atente contra su vida para apoderarse de sus bienes (1): sin embargo, habiendo madre y siendo de buena fama, podrá ella criar al huérfano mientras se mantenga viuda. (Ley 19, tit. 16, Part. 6.)

570 En cuanto á las cosas ó bienes del huérfano, deben el tutor y curador cuidarlos á buena fé y lealmente; (Ley 15, tít. 16, Part. 6) procurando no solo su conservacion, sino tambien su aumento, como si fueran propios suyos, ó mejor.

571 Pero no pueden vender ni enagenar en manera alguna los bienes raices ni aun los muebles preciosos sino por alguna justa razon, prévio conocimiento de causa sobre la utilidad ó necesidad, y el otorgamiento del juez. (Ley 18, tít. 16, Part. 6; ley 4, tít. 5, y la 8, tít. 13, Partida 5; ley 14, tít. 11, Part. 4; ley 60, tít. 18, Part. 3.) (2). Entiéndese por enagenacion no solo la traslacion del dominio, sino la de cualquier otro derecho real. (Ley 1, tit. 33, Part. 7.)

572 Son justas causas de enagenacion el haber de pagar las deudas, casar á la hermana del huérfano ó al mismo, y otras que la hagan igualmente necesaria. (Las mismas leyes.) (3).

573 Mediando causa justa y necesaria, debe el juez conceder su permiso; pero no consentirá en la enagenacion de la casa del padre ó abuelo del huérfano, en que se crió este, pudiéndolo escusar. (Dicha ley 16 y demas.)

574 Concedido el permiso por el juez, deberá hacerse la venta, andando la cosa públicamente en almoneda por treinta dias. (Ley 60, título 18, Part. 3.)

575 El tutor y curador no pueden comprar pública ni secretamente las cosas de sus menores. (Ley 1, tít. 12, lib. 10, Novísima Recopilacion.) (4).

---

(1) Tampoco es frecuente que el juez escoja este hombre bueno; si hay madre viuda ó ascendientes, generalmente se les fia la crianza del pupilo, y si no, al tutor aunque sea su heredero inmediato; pero no está por demas la prevision de la ley, y será atendida en caso de justas reclamaciones.

(2) *Ni aun los muebles preciosos.* Esto ha sido tomado del Derecho Romano que era mas espresivo, pues añadia «que pueden conservarse con solo guardarlos y no perecen por el tiempo, como el oro, plata y piedras preciosas.» Nosotros no tenemos ley espresa que prohiba su enagenacion, y sin embargo algunos de nuestros autores han adoptado la disposicion del Derecho Romano; otros todavía mas sutiles, conceden al tutor facultad para empeñarlos, mas no para enagenarlos. Febrero en su tomo 2.°, capítulo 28, núm. 37, especifica los muebles preciosos como en Derecho Romano, y añade «se estiman por tales los que guardándose pueden conservarse mas de tres años.» Probablemente lo tomó del Gomez, *Var.* 2, cap. 14, núm. 5; pero sin que haya ley espresa en el Derecho Romano.

(3) Segun la ley 18, tit. 16, Part. 6, la sola utilidad del huérfano no será justa causa de enagenacion, pues dice «non pudiéndolo escusar en ninguna manera,» pero segun la 4, tit. 1, Part. 5, y la 60, tit. 18, Part. 3, lo es tambien el gran pró ó utilidad del mismo.

(4) Febrero, apoyándose en la ley 4, tit. 5, Part. 5, dice que pueden comprar

576 Deben tambien emplear el dinero sobrante, para que produzca y no esté ocioso; bien sea imponiéndole á censo, ó comprando fincas, pues de otro modo serán responsables á los intereses que pudiera haber rendido, estando empleado (1): y vender los frutos en tiempos oportunos, llevando cuenta de los vendidos en cada uno y á qué precio.

577 Están igualmente obligados á defender el derecho del huérfano en todo juicio que mueva ó le sea movido; y siendo dos ó mas los tutores ó curadores, puede hacerlo uno de ellos, aunque los otros no estén delante. (Ley 17, tít. 16, Part. 6.)

578 Si el huérfano es mayor de siete años, puede mover el pleito con otorgamiento de su tutor, ó éste en nombre del huérfano, estando presentes los dos: siendo menor de siete años, ó estando ausente, deberá hacerlo su tutor. (La misma ley.) (2).

579 La sentencia dada contra el tutor ó curador en representacion del huérfano debe ejecutarse en los bienes de éste solamente. (Dicha ley 17.)

580 El pupilo menor de siete años nada puede hacer, ni obligarse, aun con la autorizacion ú otorgamiento de su tutor; pasada aquella edad puede obligarse con él tal otorgamiento, que deberá hacer el tutor por sí y no por mandadero ni por carta. (Ley 17, tít. 16, Part. 6; ley 4, tít. 11, Part. 5.) (3).

581 Sin embargo, el pupilo mayor de siete años puede hacer mejor su condicion sin el otorgamiento de su tutor; y de consiguiente subsistirán los contratos que celebre, en cuanto le fueren provechosos. (Las mismas leyes.)

582 Lo dicho respecto del pupilo mayor de siete años se entiende tambien con el menor de veinte y cinco que tiene curador; (dicha ley 4, título 11, Part. 5.) (4); pero éste no podrá, como puede el tutor, celebrar por sí solo contratos con un tercero por su menor, sino que es preciso que intervengan ambos á dos en ellos. (5).

---

con licencia del juez y consintiéndolo los contutores caso de haberlos; pero nosotros la creemos corregida por la ley Recopilada.

(1) En esto sigue Febrero con otros muchos la legislacion romana, asì como en la diferencia de dos y seis meses que respectivamente se daban al tutor para emplear el dinero sobrante; nuestras leyes callan sobre este punto, y llegado el caso, habria de andarse con mucho tiento para condenar al tutor á los intereses, à menos de reunirse contra él circunstancias muy agravantes, como la de haber puesto á interés su dinero al mismo tiempo que tuvo ocioso el del pupilo.

(2) El tutor no está obligado à contar con su pupilo para ningun acto ú obligacion civil, en juicio ni fuera de él, y creemos que en esta materia podrian muy bien suprimirse todas las leyes relativas à la autoridad ú otorgamiento del tutor: ¿à qué viene, ni à qué puede contribuir la presencia de un niño de ocho ó diez años, tratándose de obligaciones?

(3) Asì estaba dispuesto en Derecho Romano, porque la interposicion de la autoridad por el tutor era uno de lo actos que se llamaban *legitimos*; pero nosotros no los conocemos, y de consiguiente podrá el tutor interponerla por sí, ó por otro.

(4) Y tambien deberá entenderse con el pródigo, aunque la ley 4 no lo espresa.

(5) Deseariamos ver ley que asì lo ordenase espresamente, pero no la encontramos, ni tampoco razon alguna de bien parecer ó de utilidad para el menor. ¿Pues qué, un curador no ha de poder desempeñar su cargo ni celebrar contratos sin la intervencion de una niña que ha entrado en los trece años, ó de un muchacho que haya entrado en los quince? ¿Y si la niña ó el muchacho no quieren intervenir ú

583 El tutor y curador no pueden hacer compromiso ni transaccion de las causas y negocios claros sin la autorizacion judicial, aunque sí de los dudosos (1).

584 El tutor y curador, concluido su cargo ú oficio, deben dar luego buena cuenta de todos los bienes del huérfano, entregándolos á éste ó á quien le represente; y á las resultas de estas cuentas quedan obligados ellos, sus herederos, y sus fiadores y todos sus bienes. (Ley 21, título 16, Part. 6 (2); ley 23, tít. 13, Part. 5.)

585 Si los fiadores pretendiesen que el tutor y curador los esoneren de la fianza, no deberán ser oidos, pues que fué constituida para un tiempo determinado, cual es el de la tutela y curaduría; pero si advierten que se conducen mal en la administracion, pueden acusarles de sospechosos, y pedir que sean separados de ella.

586 Aun cuando el testador releve á los tutores de dar cuentas, si administran de propia autoridad sin decreto ó discernimiento del juez, deberán darlas y no surtirá efecto la relevacion, porque esta solo procede cuando tienen una administracion válida y les compete de derecho, que es cuando la confirma el juez, y no de otra suerte (3).

587 Si el tutor no ha dado cuenta de su administracion ni en-

---

obligarse, habrá por esto de paralizarse el desempeño del cargo y quedar ilusorias las leyes que lo instituyeron por consideraciones públicas, y para la inmediata utilidad de los mismos menores? No es lo mismo que los curadores cuenten por decoro para ciertos actos con los menores y les hagan intervenir en ellos, como el que absolutamente no puedan celebrarlos sin la tal intervencion, sopena de nulidad.

(1) La transaccion no puede recaer sino sobre causas ó negocios dudosos. Nada se encuentra en nuestras leyes sobre si los tutores y curadores pueden ó no transigir y cómo: de consiguiente, habrá de decidirse este punto por las doctrinas que arreglan las facultades de aquellos. En los casos en que los tutores y curadores pueden contraer y enagenar sin decreto ú autorizacion judicial, podrán tambien transigir con la misma libertad; y al contrario no podrán transigir sin aquel requisito sobre bienes raices, porque les es necesario para enagenarlos. A pesar de esto, los tutores delicados y precavidos procuran que en toda transaccion se interpongan el decreto y autoridad del juez.

(2) Gregorio Lopez recomienda que se tenga muy presente esta ley, pues segun ella compete á los menores hipoteca tácita en los bienes de estas tres clases de personas. Queda ya dicho que contra la fé del inventario no se admite prueba al tutor ó curador, aunque digan que se escribieron en él cosas que no habia, y que lo hicieron porque apareciese mas rico el huérfano. (Ley 120, tít. 18, Part. 3.)

(3) En el Febrero reformado se lee una nota que propiamente corresponde á este número, aunque está puesta en otro muy distinto: la nota dice asi: «sobre si el testador puede ó no relevar al tutor de dar cuenta de la tutela, véase á Gutierrez *de Tut.*, parte 3, cap. 4, núm. 32 etc. y 48, que lo esplica bien y sigue la negativa.» Nosotros, sin haber leido á Gutierrez, seguimos tambien la negativa, por la sencilla y tribial doctrina *de que los pleitos que pueden dar carrera á los hombres de hacer mal, no deben ser guardados*, y porque no se deroga al derecho público por los pactos ni últimas disposiciones de los particulares. (Ley 29, tít. 11, Part. 3.) La tal relevacion abriría ancha carrera al tutor para hacer mal á mansalva, y equivaldria á la remision del dolo futuro, que no puede hacerse segun la ley citada. Por estar razones sostiene Voet al número 7 del tít. 3, lib. 27 del Dig., citando entre otros á nuestro Escobar, que aun cuando el testador haya dispuesto que en la dacion de cuentas se pase por la simple aseveracion del tutor, no debe observarse sino en partidas livianas, y cuando el juez las estime probables. Nos choca mas esta doctrina de Febrero, cuanto que en el juicio ejecutivo, hablando de un caso menos fuerte cual es de la obligacion hecha en instrumento público á pasar por la cuenta jurada de un administrador ó apoderado, se muestra mas justo y escrupuloso.

tregado al curador los bienes y papeles que tenía del menor, está obligado á proseguir en su pubertad las causas y otras cosas conecsas con las principiadas en la edad pupilar; mas no si hubiese dado cuenta y hecho la entrega. Y para que no se le pueda compeler á entrar en la curaduría, no solo debe pedir é instar para que se dé curador al adulto, sino tambien presentar su cuenta, hacer la entrega referida, y no mezclarse entretanto en cosa alguna; porque si se mezcla, podrá ser obligado á la continuacion, (Gutier. *de Tut.*, parte 2, cap. 19, núms. 1, &c. y 16, y núms. 19 y 20.)

SECCION XI.

Cuándo se acaban la tutela y curaduría.

588 Acábase la tutela por cumplir el huérfano varon catorce años y la hembra doce.

Por la muerte ó destierro del tutor ó del huérfano; ó por el prohijamiento de cualquiera de ellos (1).

Por cumplirse la condicion ó tiempo puestos en el nombramiento del tutor testamentario.

Por sobrevenir en el tutor escusa legítima para no continuar. (Véase la seccion 6.ª)

Y por su remocion de la tutela como sospechoso. (Ley 21, tít 16, Partida 6.)

589 La curaduría se acaba por los mismos modos, salvo que la edad para salir de ella ha de ser indistintamente en varones y hembras la de veinte y cinco años cumplidos. (Ley 12, tít. 16, Part. 6.)

Por obtener los menores dispensa de edad para administrar sus bienes, pues que ella los constituye mayores de edad para aquel efecto y otros, aunque no podrán enagenarlos ni gravarlos, y les quedará salvo el beneficio de restitucion, siendo lesos. Por entrar el varon casado en los diez y ocho años, desde cuya edad está habilitado por la ley para administrar sus bienes y los de su muger sin necesidad de obtener vénia ó dispensa. (Ley 7, tít. 2, lib. 10, Novís. Recop.) (2).

SECCION XII.

De los tutores y curadores sospechosos.

590 Se ha dicho que la tutela y curaduría se acaban por la remocion de los tutores y curadores como sospechosos: veámos quiénes son estos.

---

(1) Gregorio Lopez dice que la ley 21 debe entenderse como las romanas, del destierro que envuelve la pérdida de los derechos de ciudadano: caso que apenas ocurrirá entre nosotros, pues que desconocemos esta muerte civil; pero creemos que segun la calidad ó duracion del destierro podria haber lugar al nombramiento de un curador provisional, y aun al de otro tutor, como por ejemplo, si el destierro fuera de todo el reino y perpetuo.

(2) Véase el número 176; y finalmente, se acabará la curaduría, cesando el mo-

591 Lo es todo aquel cuya conducta hace temer que desgastará los bienes del huérfano, ó le enseñará malas costumbres.

El que administró mal los bienes de otro huérfano, ó le enseñó malas costumbres.

El que admitida la tutela ó curaduría, apareció ser enemigo del huérfano, ó de sus parientes (1).

El que declaró ante el juez que no tenia de que mantener al huérfano, siendo falso.

El que no hizo inventario, ó no defendió la persona y bienes del huérfano en juicio ó fuera de él.

El que sabedor de su nombramiento se esconde y no quiere parecer.

592 Al sospechoso no le aprovecha el ser rico, ni dar fiadores; y por el contrario la pobreza sola no hace sospechoso al hombre de buena conducta. (Leyes 1 y 4, tít. 18, Part. 6.) (2).

593 Incurren ademas el tutor y curador en nota de sospechosos por no hacer de las rentas del huérfano la correspondiente provision para sus alimentos.

Por vender ó empeñar sin decreto judicial algunos bienes, cuya enagenacion les está prohibida sin aquel prévio requisito.

Por privar al huérfano inconsideradamente de alguna herencia, renunciándola en su nombre; y por otras varias causas (3).

594 Pero aunque el tutor dado por el padre sea sospechoso ó pródigo, no se le removerá si el padre lo sabia, aunque éste al darle no tuviese veinte y cinco años; tanto es lo que la ley confia en el amor y prevision del padre hácia sus hijos: esto no obstante, si la causa ó fundamento de la sospecha fué posterior á su muerte, ó él la ignoraba cuando hizo el nombramiento de tutor, no deberá el juez confirmarlo. (Gutier. *de Tut.*, parte 1.ª, cap. 3, núm. 12, y part. 2.ª, cap. 18, núm. 2.) (4).

595 El curador para el pleito, como que se equipara al simple procurador ó apoderado, puede ser removido sin espresion ni prueba de la causa. (Baeza, *de decim*, cap. 17, núm. 10; Gutier, parte 1, capítulo 19, núm. 26.)

---

tivo por que se dió, como el furor, fatuidad ó prodigalidad; pero en estos casos será necesario conocimiento de causa, y que recaiga declaracion judicial contraria á la anterior en que se ordenó la dacion de curador, porque nada es tan natural como el que cada cosa se disuelva por los mismos medios porque fué constituida.

(1) Es digno de notarse que esta ley 4, tít. 18, Partida 6, comprenda como causa de sospecha y remocion la enemistad hasta con los parientes del huérfano, cuando la 2, título 17, Part. 6, que habemos citado en la seccion 6 al tratar de las escusas, limita la enemistad al huérfano y á su padre. La misma ley 4 confirma nuestra observacion que la enemistad capital y alguna otra de las enumeradas entre las escusas voluntarias son mas bien necesarias y verdaderos impedimentos.

(2) Si el tutor de cualquiera especie que sea tiene que afianzar, el pobre no será admitido á su cargo sin este requisito. Así, la pobreza en el caso de la ley 2, tít. 17, Partida 6, podrá servir de escusa voluntaria, pero nunca será motivo de sospecha y remocion.

(3) Estas otras causas, sobre las que no citamos ley pátria, han sido tomadas por Febrero del Derecho Romano.

(4) En el Febrero reformado se lee la nota siguiente: «Reflecsiónese si se deberá »seguir esta doctrina apoyada solo en leyes civiles, mayormente cuando la ley 21, »título 16, Part. 6, dice que se acaba la tutela *si tirasen al tutor de la guarda por sospe-*

SECCION XIII.

De la acusacion y remocion de los tutores y curadores sospechosos.

596 Puede acusar al tutor ó curador sospechoso cualquiera del pueblo, tanto hombre como muger.

597 La madre, abuela, hermana ó nodriza del huérfano, están obligadas á acusar. (Ley 2, tít. 18, Part. 6.)

598 El menor de catorce años no puede acusar por sospechoso á su tutor; pero siendo mayor de aquella edad, podrá hacerlo con consejo de sus parientes. (Dicha ley) (1).

599 Puede ser acusado todo tutor ó curador, de cualquiera especie que sea, y aun el dado al que todavia está en el vientre. (La misma ley).

600 La acusacion debe hacerse ante el juez mayor del lugar donde el huérfano tiene la mayor parte de los bienes, y en presencia del acusado. (La misma.) (2).

601 A falta de acusador puede el juez remover de oficio al sospechoso. (Ley 3, tít. 18, Part. 6.)

602 Puesta y contestada la acusacion, debe el juez encargar la persona y bienes del huérfano á otro hombre bueno, hasta la conclusion de la causa. (Dicha ley 3.)

603 El tutor ó curador removido por su dolosa administracion, queda infame, y obligado á resarcir el daño que haya causado al huérfano (3).

---

choso, y la 4, tít. 18 empieza con estas palabras: *«aquel guardador puede ser llamado sospechoso, que es de tales maneras que pueden sospechar contra él que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres.»* En seguida se dà à entender que segun esta misma ley pueden ser removidos los tutores, no solo por los motivos espresados en ella, sino tambien por otros que sean justos y razonables; concluyéndose con la reflecsion de que «seria tan nimia como necia la confianza de un padre, »que nombrase por tutor de sus hijos à un hombre sospechoso, ó à un pródigo, siendo sabedor de ello.» Nosotros sostenemos esta juiciosa observacion, pero añadiendo que no encontramos apoyada la doctrina de Febrero ni aun en las leyes civiles ó Romanas; pues si bien puede segun ellas ser nombrado tutor en testamento un furioso, se sobreentiende tácitamente la condicion «si ó para cuando recobre su juicio:» y lo mismo deberà decirse en el caprichoso y rarísimo caso de ser nombrado un pródigo. ¿Por qué se ecsige de la madre y abuela, y aun en el caso de ser nombradas en testamento, que renuncien la defension que les otorga el derecho de no poderse obligar por otros? Porque sin esto nadie querria contratar con ellas: ¿y quién ha de contratar con un pródigo declarado tal judicialmente, que no puede renunciar à lo que es una rigorosa prohibicion y verdadera pena?

(1) Aquì tenemos ya una lijera indicacion del consejo de familia, cuyo establecimiento en materia de tutelas honra tanto à los autores del código civil francés.

(2) Hoy dia, sin entrar en la cuestion de si la causa ha de seguirse civil ó criminalmente, deberá ser ante el respectivo juez de primera instancia, à quien corresponde el conocimiento en uno y otro ramo. Esta ley dà à entender que se ha de seguir en el fuero de la administracion de la tutela, segun espresamente se previene en la 32, tit. 2, Part. 5.

(3) El reformador de Febrero pone por nota: «Pienso que en el dia ningun juez declararà infame al tutor ó curador removido por haberse versado mal en su encar-

604 Si es removido por perezoso ó negligente en la misma, no incurre en infamia, y es dado otro en su lugar. (La misma ley 3.)

---

go.» Nosotros al contrario, creemos que el condenado y removido por dolo hecho en la administracion del huérfano, quedará infamado sin necesidad de que el juez lo declare así en la sentencia, como no hay necesidad de declararlo en todos los otros casos y delitos por cuya condenacion se incurre en infamia (véase la ley 5, tit. 6, Part. 7), y tenemos por mas feo y criminal el dolo en el tutor ó curador, que el simple hurto en otro cualquiera.

FORMULARIO.

Modo de estender los autos de tutela y curaduría.

605 *Pedimento.* María Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, vecino que fué de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: Que el espresado mi marido falleció en tal dia, bajo del testamento que otorgó ante F., escribano real, en el que instituyó por sus herederos á José y Antonio Alvarez, nuestros hijos, que se hallan en la edad pupilar, nombrándome en una de sus cláusulas por tutora y curadora de las personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, segun acredita el testimonio que presento: en cuya atencion

A V. suplico se sirva haberlo por presentado, y por lo que resulta de dicha cláusula, discernirme el cargo de tal tutora y curadora con la espresada relevacion, mandando se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues así es justicia que pido.=María Fernandez.

Auto. Háse por presentado el testimonio que se espresa; y por lo que resulta de él, se aprueba con relevacion de fianzas el nombramiento que hizo Antonio Alvarez en su muger María Fernandez, de tutora y curadora de José y Antonio Alvarez, menores, hijos de ambos: notifíquesele, acepte, jure y se obligue como corresponde, y hecho, tráigase para discernirle el cargo. El señor don F., juez de primera instancia de este partido de tal, lo mandó á tantos, &c.

Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora.

606 En tal parte á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué el auto anterior á María Fernandez en su persona, y enterada, dijo: Que acepta el cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez, sus hijos menores, habidos en su matrimonio con Antonio Alvarez, su difunto marido; y bajo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, promete usarlo bien y fielmente; que cuidará, educará y enseñará á dichos sus hijos; que administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas y por los tiempos y precios que le sean mas útiles y ventajosos; que los defenderá en todos los pleitos que se les muevan ó necesiten promover con cualesquier personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, practicando las diligencias conducentes, y tomando para la mejor direccion y acierto parecer y consejo de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dárselo, para que no se cause ningun daño á los menores ni á sus bienes por su culpa, omision ó negligencia; que tendrá libro de cuenta y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande, y que hará todo lo demas á que un buen tutor y curador está obligado, y lo mismo que harian los menores por sí mismos si tuvieran la competente edad para gobernarse: á todo lo cual se obliga con sus bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros; dando ámplio poder al señor juez de primera instancia que es y fuere de este partido, y á todos los

demas señores jueces que deban conocer de esta causa, conforme á derecho, para que la compelan á todo como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, y renunciando las leyes y fueros que le favorezcan. Asi lo otorga y firma la referida, á quien doy fé conozco, siendo testigos F., F. y F. vecinos de este pueblo.

607 De las fianzas que presente el tutor ó curador, conviene dar traslado al curador de pleito, si le hay, para que oyéndole el juez, las apruebe y no quede en descubierto el escribano, quien de otra suerte seria responsable, por ser visto recibirlas por su cuenta y riesgo; y de practicarse lo espuesto lo quedan el juez y curador de pleito: bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al juez. Las fianzas se han de proponer por pedimento, y el fiador ha de obligarse en la aceptacion y juramento, ó en instrumento separado.

Discernimiento de la tutela y curaduría.

608 En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor don F., juez de primera instancia, &c., habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dijo: que discernia y discierne à Maria Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, el oficio y cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez sus hijos menores, confiriéndole ámplio poder para que mientras subsista viuda, los gobierne, alimente, eduque y enseñe, poniéndolos con maestros que lo hagan en lo que no pueda instruirlos por sí; para que administre sus bienes, arrendando los raices à las personas y por los tiempos y precios, y con los pactos que sean mas útiles y cómodos á los referidos menores, y acabados unos arrendamientos haga otros, conservando á los inquilinos y colonos ó despojándoles siempre que haya causa legal para ello, y formalizando las escrituras de arrendamiento y su próroga con las cláusulas y seguridades congruentes; para que pida y tome cuentas á los que deban darlas á los menores, aprobàndolas si están arregladas, y si contuvieren agravios esponiéndolos y aclarándolos hasta que queden sin el mas leve; para que perciba y cobre de cualesquiera personas las cantidades de maravedís, granos, aceite, vino, lana, seda, y otras especies y semillas que toquen á los menores y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos, y por otra cualquier causa, motivo ó razon, sin reserva ni limitacion, aunque aqui no se esprese, formalizando de lo que percibiere y cobrare recibos, cartas de pago y demas resguardos que convengan á los mencionados, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados; para que otorgue redenciones y subrogaciones de los censos que pertenezcan á los menores, percibiendo sus capitales y volviéndolos á imponer sobre fincas libres, productivas, seguras y saneadas, de modo que no se pierdan; para que defienda á los espresados menores y sus bienes en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tengan, y en lo sucesivo se les ofrezcan, con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actores

ó demandados; á cuyo fin comparezca en juicio y presente pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, haciendo ó pidiendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, letras y firmas, y nombramientos de peritos para ellas y para otras cosas que se ofrezcan; para que forme artículos é introduzca recursos, que proseguirá ó abandonará; para que decline jurisdiccion de los jueces incompetentes, acuse rebeldías, pretenda y goce ó renuncie términos y prórogas de ellos, redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los colitigantes, tache y contradiga todo lo que estos presentaren, dijeren y alegaren; concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas, consienta en las propicias y apele ó suplique de las gravosas y perjudiciales, gane reales provisiones, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos, que hará leer é intimar en dónde y á las personas contra quienes se dirijan; y últimamente, para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y estrajudiciales, que conduzcan hasta conseguir plenamente cuanto solicite á beneficio de los espresados menores, y las que éstos si fueran mayores practicarian por sí, sin escepcion, tomando consejo de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dárselo en lo que el suyo no baste, y teniendo libro de cuenta y razon con cargo y data, para darla siempre que se le pida; pues para todo lo espresado y lo anejo le confiere dicho señor juez el mas ámplio poder, con facultad de que pueda sustituir por su cuenta y riesgo esta curaduría, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que no pueda intervenir por sí misma; como tambien de revocar los sustitutos y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere: en cuya atencion, en todo cuanto practique por sí ó por medio de sus apoderados y sustitutos en utilidad de los mencionados sus hijos, interpone su merced la autoridad de su oficio, cuanto puede y ha lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion; mandando que de este discernimiento se den á aquella los testimonios que pida, y que estos autos se protocolicen en los registros de mí el presente escribano. Y lo firma, de que doy fé.

609 Habiendo curador de bienes es supérfluo el curador de pleito, á escepcion de los casos en que aquel es interesado con el menor, v. gr. en la particion; en las cuentas de su encargo y malversacion de él; si no hay otro tutor ó curador de bienes, y en otros semejantes: pues entonces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es parte y colitigante con éste, y no puede hacer por él contra sí: mas para todos los demas puede sustituir la curaduría, ó dar poder á quien lo practique todo en su nombre, sin necesidad de gravar al menor con dietas ó salarios ociosos del curador del pleito. Los autos de esta curaduría deben protocolizarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son, y pueden conducir en lo sucesivo para los que se formalizen en su virtud, al modo que la curaduría de pleito queda con ellos, por limitarse á lo judicial.

610 Si el menor posée algun oficio de escribano, procurador, &c. que no puede ejercer por su menor edad, ha de concederse facultad al tutor ó curador para que durante ella nombre quien lo sirva; pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza de patronatos eclesiásticos y tiene beneficios ó capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su ¿presentacion, hasta que cumpla los siete años; y pasados, para que concurra á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe; pues la que haga sin éste no sirve, porque en cumpliendo los siete años, puede hacerla por sí y comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas beneficiales y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene facultad el curador para presentar sin su consentimiento; porque los curadores no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, ni en esto dependen de ellos.

VARIOS PEDIMENTOS.

Pedimento de un tutor testamentario pidiendo la tutela.

611 F., en nombre de N., vecino, &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que como resulta del testamento bajo cuya disposicion falleció M., que exhibo, nombró en una de sus cláusulas á mi poderdante por tutor testamentario de sus hijos menores A. y B., cuyo encargo acepta en forma y jura usar de él con la legalidad que es debida, dando á su tiempo cuenta con pago de lo que se le entregue como á tutor. En esta atencion, y en la de que mi poderdante se allana á dar las acostumbradas fianzas:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y aprobando la citada cláusula, se sirva mandar que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos que pertenezcan á los mencionados A y B., se le entreguen. Pido justicia.=*Auto.*=Autos.

Pedimento en que un tutor legítimo pide la tutela.

612 F., en nombre de N., vecina de &c. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que segun demuestra el testamento bajo cuya disposicion falleció H., marido que fué de mi poderdante, en ninguna de sus cláusulas nombró tutor á sus menores hijos P. y R. Y respecto de que en este caso es mi poderdante su tutora legítima conforme á derecho:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos y admitiendo á mi poderdante las fianzas que está pronta á dar, mande que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos de los mencionados sus hijos, y aceptando con juramento el cargo, se le entreguen. Pido justicia.=*Auto.*=Autos.

Pedimento solicitando la remocion de un tutor como sospechoso en la tutela.

613 F., en nombre y como curador de pleito de N., hijo que fué de M., ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que por muerte de este se entregaron á P., como á tutor testamentario de aquel, todos sus bienes y efectos. Y mediante á que P. los va disipando por haber tenido mal écsito varias negociaciones que tiene:

A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinente al tenor de este escrito, y hecha la suficiente, se sirva mandar que el referido P. dé cuenta con pago de los bienes y efectos administrados, removiéndole á su consecuencia de dicha administracion, y encargándola de nuevo á tutor lego, llano y abonado. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Dé la informacion; y hecha, autos.

Pedimento de un menor pidiendo su tutela.

614 F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que como acredita la partida de casamiento que tambien presento, mi poderdante se halla casado con M. Y mediante á ser mayor de 18 años, segun manifiesta la partida de bautismo que asimismo acompaño, con la protesta de que á su tiempo se me devuelvan ambas originales:

A V. suplico, que habiéndolas por presentadas con el poder, se sirva mandar que T., tutor y curador de mi poderdante, le dé cuenta con pago de todos sus bienes y efectos. Pido justicia.=*Auto.*=Autos.

Pedimento de una viuda solicitando se nombre tutor á sus hijos, para contraer segundas nupcias.

615 F., vecina de esta corte y viuda de S., ante V. como mejor proceda, digo: que de nuestro matrimonio tuvimos por hijos á C. y R., de quienes soy actualmente tutora testamentaria, como consta del testimonio que presento. Y mediante á tratar yo de contraer segundas nupcias con B., de este mismo vecindario:

A V. suplico, que habiendo por presentado el referido testimonio, se sirva proveer de curador á dichos mis hijos menores; pues hecho asi, protesto dar cuenta con pago de la administracion que he tenido à mi cargo. Pido justicia.=*Auto.*=Autos.

TITULO X.

De la décima que se debe á los tutores y curadores por razon de su administracion.

Orígen de la décima.

616 La tutela y curaduria han sido consideradas generalmente como una carga ó cargo público, personal, gratuito y viril, salvas las escepciones de la madre y abuela; como un oficio de piedad hácia personas miserables y desvalidas cuales son los huérfanos. Por esto el Derecho Romano no señalaba premio, salario ó remuneracion á los tutores y curadores por su cuidado y administracion, sino es que fuesen pobres, ó que por este encargo tuviesen que ausentarse ó espender algo de su propio caudal, en cuyos casos y otros semejantes, para compensarles el daño que esperimentaban, ya que no percibian utilidad, podia el juez á su arbitrio asignarles la competente recompensa, pues no se hallaba determinada, à causa de no ser posible prefijarla de antemano para todos, por la variedad de negocios que ocurren y otras circunstancias. (Gutier., *de Tut.*, parte 3.ª, cap. 2, núms. 1 al 7, Baeza, *de Decim. tutor*; cap. 1, Parlad. *diff.* 130, §. 11, núm. 1.)

617 Pero nuestra legislacion castellana permite á los tutores y curadores que puedan percibir para sí y por sí propios, en atencion á su trabajo y á las obligaciones y responsabilidades en que se constituyen, la décima parte de los mismos frutos que produzcan los bienes de los menores mientras dura la tutela, ó hayan percibido cuando espire. En la ley 3, tít. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo se lée lo siguiente. "*E mandamos que tome la décima parte del frucho en que viva, porque non faga grandes despesas en ó al.*» y la ley 2, tít. 7, lib. 3 del Fuero Real, la cual rige en estos reinos por estar en uso, dice hablando de los huérfanos: "*E quienquier que los tenga manténgalos de los frutos, é tome para sí el diezmo de los frutos por razon de su trabajo.*» Nuestros legisladores creyeron por este medio conciliar la justicia debida á los tutores y curadores con la utilidad de los mismos huérfanos, pues que los primeros con el atractivo de esta recompensa, venian á ser interesados como los segundos en que los bienes fuesen mejor cuidados y rindiesen mayores productos.

SECCION PRIMERA.

Quiénes pueden llevar la décima.

618 Pueden llevar la décima todos los tutores y curadores, sean

testamentarios, legítimos ó dativos; y no solo la madre, abuela, hermanos y demas parientes del pupilo ó menor, sino tambien el padre cuando viene á ser tutor de su hijo y administra aquellos bienes, cuyo usufructo no le concede la ley; porque se halla obligado á recibir su tutela, aunque tenga otras tres, á sufrir todas las demas cargas que los otros tutores, y asimismo á hacer inventario y dar cuenta como estos; á lo cual no lo está cuando es su legítimo administrador por derecho y efecto de la pátria potestad, en cuyo caso le pertenece el usufructo de sus bienes adventicios: por todo lo que no debe ser de peor condicion que los demas, á pesar de las razones alegadas por Baeza en el capítulo 4, núms. 10 y siguientes, para escluirle de su percibo, y que solo tendrán lugar cuando todos los frutos sean necesarios ó no alcancen para los alimentos del hijo.

619 Esta décima se debe á los tutores y curadores desde el dia en que supieren su nombramiento, siendo hecho puramente, y si fué condicional, desde el dia en que se verifique ó cumpla la condicion; siempre que administren fielmente, y no de otra manera. (Gutier., dicha part 3.ª, cap. 42, núm. 2.) (1).

620 Por las mismas razones que el tutor, debe tambien llevarla el curador del menor, el del loco, fátuo ó mentecato y pródigo judicial, y aun el del póstumo cuyos bienes administró antes y despues de nacer, (Baeza, cap. 3, 4, 5 y 10, núm. 27 &c. y 39), y el hijo nombrado curador de su padre ó madre furiosos, (Baeza, dicho cap. 4, núm. 31 y siguientes); porque tienen el propio trabajo, y se hallan obligados á dar cuentas, aunque las del último no deben ser tan estrechas como las de los demas.

621 No corresponde décima al tutor ni curador del rey, de los magnates, y personas poderosas que tienen rentas pingües, ni al curador de bienes del ausente, cautivo ó difunto, porque se equiparan al procurador, á quien no se debe; y así, á todos estos se asigna un salario moderado y proporcionado á su trabajo. (Lara, *compend. vitæ hom.* cap. 16, núm. 20, y cap. 19, núm. 74).

622 Ni corresponde al curador de cosa cierta, porque la ley habla del universal, que está obligado á cuidar de la persona y bienes del menor, á hacer inventario de ellos y practicar otros muchos actos en beneficio del mismo, á todo lo que no está obligado el primero: ni al que ignorando que es tutor administra bajo el simple concepto de amigo, pues únicamente se le deberán abonar las espensas útiles, y un salario moderado á arbitrio del juez; ni finalmente al curador de pleitos, porque no administra; aunque al de los bienes sitos en algun pueblo se le deberá de los bienes de ellos, porque en esta parte es contutor. (Gutier., dicha parte 3, cap. 18.) (2).

(1) Con tal que admita la tutela y entre luego en ella, porque si se escusó y tuvo que admitirla despues por haber sido desechada la escusa, como que no administró durante el juicio, tampoco llevará la décima correspondiente á aquel tiempo.

(2) No encontramos en estos números toda la claridad y consecuencia que son de apetecer; y lo estrañamos tanto mas, cuanto que segun se verá luego sostiene Febrero por punto general, que á pesar del silencio de la ley, se debe décima á todo el que administra, si no ha mediado pacto especial.

SECCION II.

De qué bienes y frutos puede llevarse décima.

623 Corresponde décima á los tutores y curadores no solo en los frutos de los bienes que su menor posee en estos dominios, donde les está concedida, sino tambien de los que tiene en otros cuyas leyes ó estatutos hagan gratuita la administracion; porque cuidan y deben dar cuenta de los unos igualmente que de los otros, la disposicion de la ley es general, y la costumbre de aqui puede por razon de la persona del menor estender sus efectos al pais en que están sitos los bienes. (Gutierrez, dicha parte 3, cap. 44, núm. 1, 2 y 3).

624 Pueden tambien percibir enteramente la décima aunque las heredades del menor den fruto dos ó mas veces al año; porque la ley no la limita á un fruto anual, y la misma razon hay para percibir la del segundo que la del primero. (Gutier., dicha parte 3, cap. 34).

625 El testador, nombre ó no á los tutores y curadores, no puede prohibirles que perciban la décima ni gravarlos en ella, ya porque nadie puede privar á otro del beneficio concedido por ley ó costumbre, ya porque á ninguno se debe quitar sin su conocimiento el derecho que le compete, ni obligarle á que trabaje sin premio ó recompensa. (Ley 13, tít. 34, Part. 7; Gutier., parte 3, cap. 5, núm. 59). Siendo muchos los tutores ó curadores, no pueden llevar mas que una décima, la cual se ha de repartir entre todos á proporcion de su trabajo, ó segun se convengan. (Gutier., lug., cit., cap. 16, números 4 al 14.)

626 La décima no se limita á los frutos naturales percibidos por el tutor y curador, y antes bien se estiende á los industriales y civiles, como réditos, pensiones, intereses de acciones, giro, comercio y negociacion; á lo que lucran negociando ó ejerciendo algun arte con el caudal del menor; á las aves, peces y otros animales; al dinero que por razon de réditos ó contribuciones le pagan sus colonos y enfiteutas; á los frutos producidos por los bienes que el menor adquiere en la guerra y se emplean para que reditúen, mas no á los mismos bienes; á los réditos anuales de que aquel goza por su vida, pues el mismo trabajo tienen el tutor y curador en recogerlos y custodiarlos que en los perpétuos; á los de la parte que perciben por deberse al menor y á otros solidariamente; á las alcabalas, portazgos y prestaciones reales que cobran; á las obvenciones, emolumentos y propinas que tenga que percibir por razon de patronato, mas no al derecho de éste y de presentar, porque es honor y no fruto, y aunque se le quiera llamar así, no es el de que habla la ley del Fuero y sirve para alimentar al hombre; á las rentas del mayorazgo ó bienes prohibidos de enagenar, de que goza (pues todos los referidos se comprenden en el nombre genérico de frutos, y con ellos pueden sustentarse el tutor y curador que es el fin de concedérseles su décima); y á los de los predios que los mismos tutores y curadores cultivan, porque ninguna ley les obliga á arrendarlos, si quieren cultivarlos por sí, (ley 15, tít. 18, Part. 6; Gutier., dicha parte 3.ª, cap. 2, núm. 29): todo lo cual procede, aunque los frutos que produzcan los bienes del menor apenas basten pa-

ra mantenerle, como contra Baeza defiende Gutier., (parte 3.ª, capítulo 12) á cuya opinion me adhiero por las razones que espone (1).

627 No debe ecsigir el tutor la décima de los bienes patrimoniales del huérfano, en cuyo número se comprenden no solo los raices, semovientes y muebles, sino tambien los frutos cogidos y separados del suelo al tiempo del fallecimiento del testador (2), y las deudas, derechos y acciones que tenga á su favor; porque la ley se la concede únicamente de los frutos posteriores que cogió y cobró.

628 Tampoco podrá ecsigirla de los réditos y pensiones que no cobró, aunque estén vencidos cuando espira la tutela, pues que no tuvo trabajo en su adquisicion y cobranza. (Gutier., parte 3.ª, cap. 30.)

Ni del aumento que sobreviene á los prédios del huérfano, porque no es fruto; aunque sí de los frutos del aumento.

Ni del tesoro que se halla en la casa ó fundo del menor, porque es aumento de su patrimonio; asi como lo es de la dote y no fruto dotal, el que se halla en la casa ó prédio de la muger casada, y por esta razon no le adquiere su marido.

Ni de lo que se dona al huérfano, porque no es fruto.

Ni de lo que éste lucra con su arte, oficio ó industria, porque es trabajo personal suyo. (Gutier.; parte 3.ª, cap. 25 y 30.)

Ni de los frutos del beneficio ó capellanía eclesiástica de que goza. (Gutier., cap. 32.) (3).

629 Tampoco llevará la décima íntegra de los frutos maduros, ni de las pensiones pendientes y vencidas cuando empieza la tutela, sino á proporcion de su trabajo; y lo mismo procede en los frutos naturales que estaban pendientes y manifiestos al tiempo que espiró la tutela ó curaduría, (Cov. lib. 1, *Var.* cap. 15, núm. 1) si aquellos se cogieron despues de acabada, debiendo deducirse todas las espensas, inclusas las de recoleccion. Igual prorateo se hará cuando muera antes de cumplirse el año.

630 Si espirare la tutela estando maduros los frutos en el campo y separados ó no del suelo, podrá el tutor prohibir al huérfano ó á su curador que los lleven y recojan sin su intervencion; y si el menor llegado ya á la mayor edad no quiere dar la décima á su curador, puede éste retener los bienes de aquel hasta que se la pague. (Baeza, cap. 31; Gutier., dicha parte 3.ª, cap. 39.)

---

(1) Este autor funda muy bien su opinion y satisface sólidamente à los argumentos contrarios. Aunque los frutos ó réditos de los bienes del pupilo y menor apenas sean suficientes para su manutencion, seria injusto privar al tutor y curador de la recompensa que la ley dà à su trabajo y cuidado, sin los cuales, por ejemplo, no se cultivarian ó se cultivarian mal las posesiones de los menores ó pupilos, y producirian muy pocos ó ningunos frutos. (Nota del Febrero reformado.)

(2) Valiera mas decir, al tiempo que el tutor y curador, de cualquiera especie que sean, entraron en su cargo.

(3) Parladorio afirma (*diff.* 130, §. 14, núms. 5 y 6) que si el padre del menor dejó arrendado el beneficio, podrà el tutor cobrar la décima del arrendamiento. Sobre si de las canteras ó minerales de donde se estraen piedras y metales, de los ejemplares que se sacan de los protocolos, de los bosques de donde se cortan àrboles y de otras cosas que no renacen por su naturaleza, deberàn percibir décima los tutores y curadores. (Véase à Gutier., part. 3.ª, cap. 25 y 27, y à Baeza, cap. 25. (Febrero reformado.)

631 Ademas, siendo el tutor y curador acreedores del huérfano por alguna cantidad, pueden reintegrarse de ella por sí mismos en dinero ó en bienes muebles; pero si quieren tomar en pago bienes inmuebles, ha de ser observando las solemnidades prevenidas para la venta de los que son propios de menores, y de otra suerte no valdrá, porque la dacion en pago se reputa por venta.

SECCION III.

Cómo se ha de pagar la décima, y qué debe deducirse antes de la paga.

632 Debe pagarse la décima en los mismos frutos, caso que ecsistan, sin que baste ofrecerse su estimacion, (Gutier., cap. 40, núm. 3.)

633 Y no ha de sacarse precisamente de cada cosa, sino á arbitrio de buen varon, atendiendo á su calidad y á si admiten ó no cómoda division; de modo que sea bueno, malo y mediano, pues cuando se debe alguna cuota, se ha de deducir en los mismos términos. (Gutierrez, cap. 40, núm. final; Escobar, de *Ratiocin.*, cap. 30, núms. 1 al 7.)

634 No deben deducirse de la décima las espensas ó gastos que el tutor y curador hagan en la administracion de los bienes del huérfano, porque de practicarse asi se seguiria que las pagarian de su propio trabajo y premio; lo cual es conforme á la citada ley del Fuero Juzgo, que prosigue diciendo: *E si algunas despensas ficier por los negocios de lo só* (de lo suyo) *é por los hermanos, móstrelo ante el juez, é cóbrelo de lo de sos hermanos comonalmente.*

635 Igualmente, aunque por ser labradores cultiven con sus manos y por su cuenta las fincas ó prédios del huérfano, pueden cobrar y deducir su trabajo por el cultivo; pues una cosa es labrarlas por sí, y otra muy diversa administrarlas, y la décima se les concede por su administracion, no por las labores del cultivo, que les pagaria cualquiera si las hiciesen en finca suya.

636 Pero no podrán cobrar ni deducir los gastos que hicieron saliendo de su pueblo para aceptar la tutela, porque son anejos al mismo oficio; ni los que satisficieron al sugeto ó sugetos de quienes se valieron para la administracion, pues deben recompensarlos de su misma décima, y de lo contrario seria gravado injustamente con los dichos gastos el huérfano. (Baez., cap. 31, núm. 26 y 27.)

637 Tampoco podrán deducir ni cobrar los gastos de caballerías y alimentos de sus personas, hechos en viajes para cobrar las rentas ó evacuar otros negocios del huérfano, porque tienen marcado para ello su salario en la décima; pero el tutor, curador ú otro administrador que no lo tenga señalado, podrán ecsigirlos. (Parlad., *diff.* 130, §. 11, núm. fin.; Garcia de *Expen.*, cap. 20, núm. 15; Gutier., parte 3.ª, capítulo 2, núm. últim.)

638 En cuanto á las espensas que deben deducirse anualmente antes de sacar el tutor su décima, es preciso para la debida claridad y puesto que la ley no lo especifica, hacer distincion entre unas y otras cosas.

639 En las tierras, viñas, olivares, huertas y demas fundos que se trabajan por cuenta del huérfano, (cuyos frutos se llaman naturales)

se deben bajar las del cultivo, siembra, caba, poda, recoleccion, y las demas regulares hechas en cada año segun la costumbre del pueblo, como tambien el diezmo que se paga á la iglesia (1).

640 En los ganados, el costo de criarlos y mantenerlos, inclusos los salarios de los pastores.

641 En las casas y otros edificios, los reparos menores indispensables para su habitacion y rendimiento de alquileres y rentas, sin los cuales no habria quien las habitase ni alquilase. (Gutier., part. 3.ª cap. 37. Escobar, *de Ratiocin.*, cap. 30, núms. 9 y 10.)

642 En los artefactos se han de bajar los gastos de compras de primeras materias, jornales de operarios, conduccion y demas cosas necesarias, sin las cuales no puede hacerse lo que se intenta.

643 Si para continuar ó aumentar el comercio, tráfico ó industria buscó dinero el tutor, se ha de deducir ante todas cosas como caudal ageno, juntamente con los intereses pagados y los que aun se deban, segun lo pactado con el prestamista; porque de no deducirse antes, resultaría que el tutor se utilizaba de caudal que no era del huérfano, y que éste pagaba no solo la décima sino tambien los intereses íntegros, con detrimento suyo: y lo propio debe hacerse cuando el tutor acredita que lo suplió siendo necesario, y que no ha sido reintegrado, porque ninguna ley le obliga á suplirlo.

644 Pero no se han de bajar las espensas hechas en los reparos mayores de las casas y demas edificios, pues aunque se deben hacer con sus alquileres y productos, son para la perpetua duracion y utilidad de los edificios y de su dueño, (Gutier., cap. 37, núm. 6) y de practicarse esta deduccion se seguiria que el tutor ó curador contribuiría con su trabajo y pérdida de su recompensa legal á las mejoras é incremento de los bienes del huérfano, no estando obligado sino á las espensas de simple conservacion. La regulacion de espensas mayores y menores toca al prudente arbitrio del juez, atendidos su importe, los motivos de hacerlas y la costumbre del pais. (García, *de Expensis*, cap. 11, núm. 16, y cap. 20, núm. 23.)

645 Sobre si se han de bajar tambien las cargas anuales con que están gravados los bienes del menor, hay variedad de opiniones. Baeza cap. 27, núms. 29 y siguientes, y Gutier. part. 3.ª, cap. 34, llevan la afirmativa, fundándose en que el importe de ellas es cosa agena, y la décima se ha de ecsigir del líquido de los frutos que despues de pagadas percibe y hace suyo el huérfano para sus alimentos, porque para estos no aprovecha sino el líquido, y de él solo debe segun ley sacarse la décima.

Pero esto no obstante, la opinion negativa es la corriente y la que siempre hemos visto practicar; lo primero, porque ninguna ley dice que para entenderse frutos y serlo se han de deducir las cargas, sino las espensas; y la del Fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos, sin hablar de las cargas: lo segundo, porque las cargas de las fincas y las espensas de los frutos se diferencian mucho, y no se debe argüir ni vale la consecuencia de una cosa á otra distinta;

---

(1) El diezmo, aun reducido á un cuatro por ciento, ha casi desaparecido de hecho.

lo tercero, porque el tutor no solo trabaja para recoger los frutos líquidos que ha de percibir el menor, sino tambien para percibir aquellos con que se han de cubrir las cargas, y seria duro é injusto, que aumentándose su trabajo se le minorase el premio.

646 Lo mismo procede en los gastos de pleitos, derechos de cartas de pago y otros semejantes que son indispensables para la defensa de la hacienda, esaccion y cobranza de sus rentas y productos, como lo hemos visto declarado en juicio.

647 Pero se observará lo contrario cuando el menor tiene que pagar cado año alguna cuota de los mismos frutos, como lo advierte Escobar *de Ratiocin.*, cap. 30, núm. 20; pues en este caso se deducirá aquella antes que la décima del tutor, porque no es del huérfano.

SECCION IV.

De la décima de los otros administradores.

648 Suele tambien abonarse décima á todos los que administran no gratuitamente cosas agenas, y en tal caso ha de observarse lo mismo que queda espuesto acerca del premio de los tutores y curadores y deduccion de espensas, pues se gobiernan por las mismas reglas á causa de no haber ley especial que trate de ellos; á pesar de que no tienen mas trabajo que el de administrar, ni de consiguiente igual responsabilidad ni cuidado de persona alguna.

649 Hay sin embargo una escepcion, y es cuando en la asignacion de la décima ó en el poder se les concede facultad espresa para ecsigirla de todo lo que cobren y produzcan los bienes, en cuyo caso nada habrá de deducirse, y todas las espensas asi mayores como menores serán á cargo del dueño, pues así lo ha querido.

TITULO XI.

De la restitucion por entero.

650 Aunque generalmente hablando es del mayor interés público que surtan todos sus efectos los contratos y obligaciones en cuya celebracion no hubo nulidad, con todo, creyeron de no menor interés los legisladores el socorrer á los que en aquellos hubiesen recibido daño, ya por su inesperiencia y fragilidad de juicio, ya por la necesidad en que las mismas leyes los habian constituido de que sus cosas fuesen regidas por arbitrio y consejo ageno. A efecto pues de remediar ó reparar este daño se introdujo el beneficio de la *restitucion por entero*, en favor de los menores de edad, de las corporaciones ó establecimientos que gozan de igual concepto, y en algunos casos hasta de los mayores.

SECCION PRIMERA.

De la restitucion de los menores; qué sea; cuándo, y cómo tenga lugar.

651 *Restitucion* es reposicion de las cosas á su anterior estado. (Leyes 1 y 8, tít. 19, Part. 6; y 1, tít. 25, Part. 3.)

652 Pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa nueva (Ley 2, tít. 25, Part. 3.)

653 El efecto de la restitucion es que cada una de las partes haya salvo su derecho, así como lo habia antes del acto ó contrato contra el que se pide. (Ley 8, tít, 19, Part. 3.) (1).

654 Ha lugar la restitucion á favor del menor que no ha cumplido aun los veinte y cinco años y ha recibido daño por su ligereza, ó por culpa ó engaño de su tutor ó curador, ó de otro. (Proemio, ley 2, dicho tít. 19.) (2).

655 Puede pedirla no solo el mismo menor, sino tambien su heredero; pero no aprovecha á los fiadores, á menos que el negocio haya

---

(1) Se figura, dice el señor conde de la Cañada (en sus juicios civiles, parte 1, capítulo 9, núm. 4), que no han intervenido tales obligaciones, fingiendo que los menores se hallan en el estado y tiempo anterior á ellas, libres y espeditos para consultar sus intereses, ya procedan las tales obligaciones de contratos, ó ya de juicios... De consiguiente, recobrarán aquellos no solo sus bienes, sino tambien los frutos que hayan producido desde el dia del contrato, aunque los haya consumido el poseedor.

(2) Todo lo dispuesto acerca del menor de edad debe entenderse tambien de los que por otro concepto tienen curador, y de los casados y menores que impetraron dispensa de edad, hasta que cumplan los 25 años.

sido hecho con engaño. (Leyes 2, 5 y 8, tít. 19, Part. 6; ley 4, tít. 12, Part. 5.)

656 Tampoco aprovecha á los sócios ó compañeros del menor. (Ley 5, tít. 23, Part. 3.) (1).

657 El que pide la restitucion ha de probar la menor edad del que recibió el daño, y que lo recibió en los términos ya espuestos. (Leyes 2 y 6, tít. 19, Part. 6) (2).

658 Puede el menor pedir la restitucion, no solo durante su menor edad, sino dentro de cuatro años despues de haber salido de ella. (Ley 8, tít. 19, Part. 6.)

659 Puede pedirse no solo de los actos estrajudiciales, sino tambien de los judiciales, como si el menor, su tutor ó curador ó su abogado hubiesen confesado ó negado en juicio alguna cosa que menoscabase el derecho del menor, ú omitido alguna defensa ú otra razon que pudiera aprovecharle. (Leyes 3 y 5, tít. 19. Part 6.)

660 Y contra el prohijamiento cuando el prohijador enseña malas costumbres al menor ó le desgasta lo suyo.

661 Y contra la venta de la cosa del menor hecha en pública almoneda, si despues otro ofrece mucho mas, y de ello resulta gran pró á dicho menor. (Ley 5, tít. 19, Part. 6.) (3).

---

(1) A menos que la causa del menor y de sus sócios sea indivisible (Gregorio Lopez, glosa 6, á dicha ley 5, citando otras romanas); y entonces será un efecto de la necesidad.

(2) Será pues del cargo del menor probar el daño y todas las demas circunstancias que completan su intencion, haciéndolo con citacion y audiencia de la parte demandada, á la que sin este prévio requisito no le perjudicaría la probanza. (Señor Cañada, lugar citado, número 19). ¿Pero bastará la prueba de cualquier daño para que se conceda la restitucion? El mismo autor trata con mucha estension y con su acostumbrada solidez este punto desde el número 20; recorre las leyes que al parecer se contentan simple é indefinidamente con cualquier daño: pero considerando por otra parte, que segun el acsioma de derecho, *el pretor* (juez) *no se cuida de cosas ó daños mínimos*, que actos y contratos válidos no deben rescindirse por un daño insignificante, y apoyándose en la ley 4, tít. 13, y 4, tít. 14, Part. 5, así como en la 5, tít. 19, Partida 6, que hablan de gran daño ó gran pró del huérfano, concluye en el núm. 27 estableciendo por regla general, que si el daño que padece y prueba el menor es de corta entidad, no se debe deferir à la restitucion que pretende, y se mantiene el contrato ó juicio que lo hubiere causado, porque en las acciones ó remedios que deben su origen à la equidad y à la compasion, no deben cuidar los magistrados de cosas pequeñas, pues resultarian grandes daños al Estado de repetirse con frecuencia tales reclamaciones, rompiendo la fé de los contratos, que rara vez pueden ajustarse à los ápices del derecho, especialmente cuando el de las cosas no está determinado por la ley y admite sus grados entre el ínfimo al supremo, y aun estos penderian del arbitrio de los testigos. En el Febrero reformado, tít. 5, cap. 5, numero 61, hablándose de la venta de inmuebles del menor hecha en pública almoneda, se fija la lesion ó daño en la sesta parte del precio de la cosa, para que pueda pedirse la restitucion. A falta de ley espresa, nos parece mejor la opinion del señor Cañada, y que debe dejarse la regulacion de este punto al prudente arbitrio del juez, segun la entidad y calidad del negocio. En este caso tienen los menores dos acciones: una ordinaria contra el tutor y curador por cuyo dolo ó negligencia recibieron el daño, y otra que se considera estraordinaria por efecto de la restitucion, contra el tercero que se utilizó del contrato. Los menores podrán elegir la que les parezca mas ventajosa; pero el uso de una no estingue la otra, hasta haberse reintegrado plenamente del daño recibido. (El mismo autor.)

(3) Hé aquí una restitucion por causa que puede ser meramente lucrativa. Sobre este particular se esplica el mismo señor conde de la Cañada como sigue. « La

662 Y contra la aceptacion de la herencia que hizo el menor en daño suyo; pero deben ser citados los acreedores hereditarios para

---

citada ley 5, tít. 19, Part. 6, no supone ni aun enuncia que la alhaja del menor vendida en almoneda hubiese sido rematada en menos del justo precio, ni que se hubiese faltado á las solemnidades necesarias; y solo sí se funda en que se ofrecia dar mucho mas por ella, consistiendo el privilegio de esta restitucion en la mayor ganancia que lograria el menor si se rescindiese aquel contrato celebrado en almoneda pública: y siendo menos recomendable la condicion del que trata de captar lucro que la del que solicita evitar su daño, era consiguiente que se buscase y concurriese en el primero mayor causa, cual se estimó la de ofrecer *mucho mas* por la cosa vendida, y que en ello considerase el juez *gran pró del mozo*; circunstancias que no son necesarias para que tenga lugar la restitucion dirigida á reponer el menoscabo que han padecido los menores en sus contratos, aunque se hayan autorizado con todas las solemnidades de derecho.

«Ni la citada ley 5, tít. 19, Part. 6, esplica la cantidad que ha de ofrecer el nuevo licitador para que tenga lugar la restitucion, ni determina la que haya de ser para tenerse por *gran pró del mozo*, dejándola por consecuencia al arbitrio del juez, como lo indica bien claramente la misma ley en cuanto dice: *E el juez débelo facer, si entendiere que es gran pró del mozo.*

«El uso de este arbitrio se ha de acomodar à las diferentes circunstancias de los casos que no pueden sujetarse à regla cierta, quedando todas à la prudente consideracion del juez, con algunas advertencias y observaciones que hacen los autores que trataron con mas juicio esta materia. (Gutier. *Practic.* lib. 4, *quæst.* 58, número 4, Covarrubias, var. lib. 4, cap. 3, num. 44.)

«Otra duda se presenta en la misma ley, pues suponiendo de mucha mas cantidad el ofrecimiento que hacia el nuevo licitador despues de celebrado el remate en otro, continúa con la siguiente disposicion: «*que puede pedir otrosí al juez, que torne aquella cosa el que la habia sacado de la almoneda, é que la dé al otro que da mas por ella; é el juez débelo facer si entendiere que es gran pró del mozo.*

«La primera parte de la enunciada disposicion procede sin reparo, esto es, que el que habia sacado la cosa de la almoneda, la torne ó vuelva; pero la segunda «*é que la dé al otro que dá mas por ella*» manifiesta que con solo el ofrecimiento de dar mas por la cosa vendida y rematada en el primer postor, se ha de entregar al segundo que da mas: aunque esto no es así, porque vuelta la cosa por el primer comprador, debe continuarse la almoneda sobre la segunda postura, por el término que señalare el juez, y admitirse dentro de él cualesquiera mejoras que se hiciesen, ya sea por el primer comprador ó por otro, rematándose en el dia que señalare á favor del que mas diere; y solo en el caso de que no se adelantase la mejora hecha por el que motivó la restitucion, se remataria en éste y se le daria, como insinúa la citada ley. (Bobadilla, lib. 3, capítulo 4, núm. 24; Gutierrez, *Practic.* lib. 4 *Quæst.*, 58, núm. 4 *in fin.*)

«De esta manera la entienden los autores citados, y es conforme á los buenos principios que se han establecido en este artículo; porque la restitucion pone al menor en el estado que tenia la almoneda antes de cerrarse con el primer remate, y finge que este no intervino, ni escluyó el gran provecho que ofrece al menor el nuevo licitador; y si éste hubiese hecho su mejora antes que realmente se hubiese rematado la cosa, correria sin duda aquella puja en la misma almoneda, publicándose hasta su remate, y admitiendo las mejoras que sobre ella se hicieren; y lo mismo debe suceder en el caso de la ficcion legal, que remueve como si no se hubiera hecho.

«El término que debe concederse para continuar esta nueva subasta, pende tambien del arbitrio del juez, y regularmente se concede la mitad del primer término, como se practica en las probanzas que hacen los menores á virtud de esta restitucion, pasado el ordinario de la ley. En confirmacion de estos principios, el Consejo usa de su autoridad á beneficio del menor en la venta de sus bienes raices, no solo cuando hecho ya el remate en el mejor postor de la subasta viene otro ofreciendo mucho mas, sino cuando concibe probablemente atendidas las circunstancias de aquella almoneda y de los bienes que se venden en ella, que podrá esperar mayores ventajas en el precio si se repitiese por nuevo

saber la razon por que la desampara. (Ley 7, tít, 19, Part. 6.) (1).

663 Y contra la eleccion que en virtud del derecho de escoger hizo el menor, si no escogió la mejor.

664 No es necesaria la restitucion contra un acto de suyo nulo, ni de consiguiente contra la confesion que hace el menor de catorce años acusado de delito de carne, porque no puede serlo: si ha cumplido catorce años, puede ser acusado, y le daña la confesion. (Ley 1, título 25, Part. 3; ley 4, tít. 19, Part. 6; leyes 1 y 6, tít. 13, Part 3.) (2). En los otros delitos daña la confesion al mayor de diez años y medio; pero no se le puede dar tan gran pena como á los mayores. (Las mismas leyes.)

---

término; pues entonces manda de oficio que se vuelvan á sacar los bienes á subasta por el que señala, y no puede esceder de la mitad del primero, que se circunscribe al de cuarenta dias.

« Dentro de qué término deba hacerse el ofrecimiento de la mejora contando desde que se celebró el remate en el primer postor, es otra duda mas grave que las antecedentes; pues ni la esplican las leyes, ni la tratan los autores. » (Continúa el señor Cañada recorriendo los tres términos señalados por leyes en el arrendamiento de rentas nacionales; de cuarenta dias para el primer remate, de otros quince para la admision de las pujas ó mejoras del diezmo entero, ó medio diezmo, y finalmente de noventa para la puja del cuarto), y dice luego:

« De estos antecedentes se infiere con evidencia la urgente necesidad de que se estableciese por ley el tiempo en que podrian ofrecerse las cantidades que calificasen el *gran pro del mozo* para rescindir las ventas de sus bienes que fuesen hechas en almoneda pública, pues en los arrendamientos de las rentas Reales habia á lo menos término en que debian fenecer, y de consiguiente limitaban á este mismo término las pujas del cuarto: pero en las ventas de los bienes raices de los menores, como son perpétuas, podrian los licitadores tomarse todo el término que quisieren para rescindir aquel contrato haciendo las mejoras que indican las citadas leyes, y vendria á estar el comprador siempre inquieto en su dominio y posesion, y espuesto á entregar los bienes comprados en cualquier tiempo que se hiciesen los tales mejoramientos, sufriendo las mas veces un costoso pleito para liquidar y recobrar las espensas que hubiere hecho.

« Para ocurrir á tan notables inconvenientes, considerando que los menores no pueden ser tan recomendables en el punto de que se trata, me parecia que entretanto que se determine por ley el tiempo en que puedan hacerse pujas y mejoras, ha de usar el juez de un arbitrio prudente, admitiendo dichas mejoras siendo prócsimas al remate y dentro de aquel tiempo que considere oportuno, y que no resulte gran daño al comprador en volver los bienes y recoger su precio; pues sino se precaviese este temor, se retraerian los compradores, y vendria á resultar un daño general á los mismos menores. »

Hasta aqui el autor citado: y de todo se infiere, que la ley no señala en este punto cantidad ni cuota para regular y fijar el *gran pro del mozo*, (ya queda notado que Febrero quiere que sea la sesta parte), ni el tiempo en que deba hacerse esta puja ó mejora, ni lo que deba practicarse despues de hecha; y que todo podria y deberia arreglarse por una ley, para no dejar tanta latitud é incertidumbre á los jueces.

(1) Nuestras leyes no espresan como las romanas dentro de qué término ó tiempo deba pedirse la restitucion, cuando un menor es heredero de otro menor, ó de un mayor á quien todavía competia este derecho por haber muerto antes de cumplir los veinte y nueve años.

(2) La restitucion es un remedio estraordinario y subsidiario, al que por lo tanto no debe recurrirse cuando queda otro ordinario y mas pingüe, como es el de nulidad. Téngase presente la ley 21, tít. 4, Part. 4, que hablando de delitos de carne dice *mozo mayor de catorce años y moza menor de doce;* de consiguiente, deberá hacerse aqui la misma distincion en cuanto á los efectos de la confesion. En una palabra, por lo tocante á lo criminal no gozan los menores del beneficio de restitucion.

665 Ni tampoco es necesaria contra la obligacion que contraiga el pupilo sin el otorgamiento de su tutor, ó el menor sin el de ser curador caso que le tenga, pues será aquella nula aunque la juren, y de consiguiente no quedan obligados á su cumplimiento, ni ellos, ni sus fiadores y pagadores principales. (Leyes 4 y 5, tít. 11, Part. 5.)

666 La prescripcion de veinte años ó menos no corre contra el menor, cuando principió en él; si principió en otro á quien él heredó, corre, pero podrá pedir la restitucion del tiempo trascurrido durante su menor edad.

667 La prescripcion de treinta años ó mas, corre en todos casos contra el menor, salva la restitucion por el tiempo que trascurrió mientras fué tal. (Ley 9, tít. 19, Part. 6.)

SECCION II.

Casos en que no tiene lugar la restitucion.

668 No ha lugar la restitucion cuando el menor dijo maliciosamente que era mayor de edad y efectivamente lo parecia, porque las leyes ayudan á los engañados por su fragilidad ó inesperiencia, no á los engañadores. (Ley 6, tít. 19, Part. 6.) (1).

669 Cuando siendo mayor de catorce años juró que no iria contra la obligacion por razon de su menor edad, lesion, ni otro motivo, y renuncie el beneficio legal de la restitucion. (Dicha ley 6; la 16, título 11, las 59 y 60, tít. 18, Part. 3, y la 56, tít. 5, Part. 5.)

670 Pero tendrá lugar la restitucion, siendo enormísima la lesion, y precediendo relajacion del juramento para comparecer en juicio sin ser perjuro.

671 La relajacion del juramento en el caso anterior ha de pedirse ante el juez eclesiástico, quien si es el diocesano, puede concederla citando préviamente á la parte contraria; y si es el Nuncio, sin necesidad de citarla.

672 El juramento lo ha de hacer el huérfano por sí, y no sirve el que lo hagan por él su tutor y curador; pues como personal, obliga solamente á quien lo hace, y no á la persona en cuyo nombre se jura el acto ó contrato; á no ser que ésta dé poder especial para ello (2).

---

(1) En la glosa 4 de esta ley dice Gregorio Lopez, citando à otros y apoyándose en leyes romanas, que si el menor pareciese por la cara ser tal, gozaria aun en este caso de la restitucion, porque el otro no podria llamarse engañado, y siendo ambos à dos dolosos, el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. Tampoco se concede al menor contra el menor, por la regla general de que el privilegiado no goza del privilegio contra otro igualmente privilegiado, à menos que el menor que la pide trate de evitar su daño, y el otro de enriquecerse: algo hace à esto la ley 5, tít. 4, Part. 5.

(2) No descubrimos ley en que pueda apoyarse la division de la lesion en enorme y enormísima tan recibida por los autores y con diferentes efectos, como se vé aqui por el que atribuye Febrero à la segunda. En el Febrero reformado se lée esta nota: «ó no se conceda tal restitucion ó no se permita frustrarla con el juramento.» con lo que està dicho todo, sin necesidad de recurrir à la otra nota mas estensa y razonada à la que se refiere. Sala en dos lugares de su Ilustracion al Derecho Real, y con mas estension en el lib. 4, tít. 4, de su Digesto Romano-Hispano, citando à otros muchos y particularmente à Castro en sus Discursos críticos sobre las leyes, lib. 3, disc. 2 y 4, declama respetuosamente contra los efectos civiles dados al juramento confirmatorio. Tenemos por inú-

673 Tampoco ha lugar la restitucion cuando el negocio fue hecho como lo haría todo hombre de edad cumplida y de buen entendimiento, por manera que el daño padecido por el menor fué por acaso. (Ley 2, tít. 19, Part. 6.)

674 Ni cuando el deudor del menor pagó á éste por mandato del juez. (Ley 4, tít. 14, Part. 5.)

675 Ni contra el trascurso de los nueve dias concedidos para el retracto de sangre ó abolengo, (1) y el de tres para suplicar de la sentencia interlocutoria. (Ley 2, tít. 13, lib. 10: ley 1, tít. 21, lib. 11 de la Novís. Recop.)

676 Ni contra las sentencias de que no se puede suplicar ni decir de nulidad. (Ley 5, tít. 13, lib. 11 de la Novís. Recop.)

677 Ni contra la dada despues de haber llegado ya el menor á su mayor edad, aunque el pleito se haya comenzado antes. (Ley 2, tít. 25, Part. 3.)

678 Ni contra el lapso del término ultramarino, ni contra el de los seis dias para poner las tachas de testigos ó el término que se dé para probarlas. (Leyes 3, tít. 10, y 1, tít. 12 de la Novís. Recop.)

679 La restitucion contra el trascurso del término para probar, se ha de pedir en primera instancia dentro de quince dias despues de la publicacion de probanzas, y el nuevo término no ha de esceder de la mitad del que se dió para hacer la probanza principal; denegándose otra restitucion en la misma sentencia en que se concede, y gozando de dicho nuevo término la otra parte, asi como aquella que lo pidió. (Ley 4, tít. 13, lib. 11 de la Novís, Recop.) (2).

---

til detenernos en esforzar un punto sobre el cual estan de acuerdo todos los jurisconsultos imparciales: no habria una sola ley buena que no pudiera hacerse ilusoria á favor del juramento, y el santo nombre de Dios vendria á ser el escudo de la malicia humana. Pero añadiremos, que segun el Derecho Canónico, tan celoso en esta materia, no puede ser demandado ante juez seglar el clérigo por mas que haya renunciado á su fuero con juramento, y seguramente nada tiene la tal renuncia de torpe ó inmoral: segun el mismo Derecho Canónico tampoco obliga el juramento hecho por dolo ó fuerza, y puede decirse que hay una presuncion de derecho y por derecho de que hubo dolo, siempre que un menor sufrió daño. La ley final, tit. 11, Part. 5, dice en efecto que *el que juró cosa guisada non se puede escusar de la non guardar, magüer diga que lo fizo por fuerza;* pero la 56, tit. 5, la 28 tit. 11, y la 49, tit. 11, Part. 5, dicen lo contrario; la 56 da la razon, que no valiendo lo principal no debe valer lo accesorio. Segun las leyes 4 y 5 de dicho tit. 11, la obligacion contraida por el menor que tiene curador, sin otorgamiento de éste, es nula; y de consiguiente segun la 56 del tit. 5, el juramento no surtirá efectos en ella: por manera que la doctrina ó disposiciones acerca de la fuerza del juramento deberán entenderse del menor que no tiene curador, como se advierte en la ley 59, tit. 18, Part. 3, ó del que lo tiene y se obliga con su otorgamiento. Ademas, segun las leyes 6 y 17, tit. 1 libro 10 de la Novis. Recop., no puede ponerse ni surtir efecto alguno el juramento contra leyes prohibitivas, y lo mismo se dispone en la 28, tit. 11, Part. 5, y en la 52, tit. 9, Part. 6. El mismo Febrero al núm. 129 del juicio ejecutivo sostiene que el menor no puede renunciar sus privilegios.

(1) A la hora en que escribimos, ha sido aprobado en el Congreso de señores Diputados un proyecto de ley aboliendo este retracto.

(2) Esta ley y la 4 del número siguiente, hablan de pena pecuniaria para el caso de no probar, y del prévio depósito de ella; pero sobre esto no están en uso, tal vez para que por el miedo de la pena no se retraiga el menor de pedir la restitucion: téngase presente que para pedirla y obtenerla no es necesario probar daño, pues que resulta del hecho mismo de la indefension absoluta ó parcial.

En segunda instancia se ha de pedir dentro de los mismos quince dias, jurándose que no se pide por malicia; el término será la mitad del concedido en primera, y en la misma sentencia se denegará otra restitucion. (Ley 4, tít. 13, lib. 11 de la Novís. Recop.)

SECCION III.

De los otros que gozan del concepto y beneficios de menores.

680 Compete asimismo el beneficio de la restitucion al fisco, iglesias y consejos, cuando reciben daño por culpa de los encargados de administrar sus cosas ó por engaño de otros. (Ley 10, tít. 19, Part. 6.)

681 En el caso anterior debe pedirse la restitucion dentro de cuatro años, que corren desde el dia en que se recibió el daño. (Dicha ley 10.)

682 Si el daño padecido por el fisco, iglesias y concejos escede de la mitad del valor de la cosa enagenada, puede pedirse la restitucion dentro de treinta años, á contar desde el dia de la enagenacion. (La misma ley 10.) (1).

SECCION IV.

De la restitucion concedida á los mayores en ciertos casos.

683 El cautivo y el ausente en servicio de Dios, del Rey ó de su consejo, ó por romería, estudios ú otra razon semejante, goza de res-

(1) El señor conde de la Cañada llama á esta restitucion estraordinaria, en oposicion á la ordinaria ó comun que solo puede pedirse dentro de cuatro años (núm. 58, de su citado cap. 9.) En el núm. 51 asienta, que mediando lesion de mas de la mitad del justo precio, corresponden al menor dos acciones: una general y comun á todos, con arreglo á la ley 2, tít. 1, lib. 10 de la Novís. Recop., para pedir la rescision del contrato alternativamente; otra privilegiada ó especial, como menor, que es la de restitucion: pero que una y otra deben intentarse dentro del cuadrienio. Sin embargo, al hablar de la restitucion estraordinaria de las iglesias, concejos y fisco en igual caso, deja correr como incuestionable la disposicion de la citada ley 10, tít. 19, Partida 6: lo mismo hacen Gregorio Lopez y Sala, y asi deberá ser sin duda. Pero seános permitido hacer algunas observaciones con modestia y hasta con timidez. ¿Qué ventaja conseguirán los menores con intentar la accion rescisoria á virtud de la ley recopilada? Tendrán que probar mas y conseguirán menos que con la restitucion, porque habrán de probar lesion en mas de la mitad del justo precio; y aun probándola, quedará al arbitrio del comprador por ejemplo suplir hasta el justo precio ó devolver la cosa: en la restitucion sucede lo contrario.

En cuanto á poderse pedir por treinta años la restitucion estraordinaria concedida al fisco, iglesias y concejos cuando medió lesion enorme, advertiremos que la ley recopilada, al reducir sábiamente el término ó tiempo á solos cuatro años, habló de todo comprador y vendedor, sin esceptuar á ninguno ni ningun caso, aun por título de restitucion; que la tal ley fué dictada por graves y poderosas consideraciones de conveniencia pública, como la dificultad de probar el justo valor de la cosa por el largo tiempo que antes duraba esta accion, para evitar litigios, y no dejar en suspenso el dominio de las cosas; consideraciones que obran todas con igual fuerza contra la pretendida duracion de la restitucion estraordinaria. Y cuando esta observacion no parezca atendible, considérese al menos que la restitucion es generalmente una accion personal, y que todas las de esta especie, segun la ley 63 de Toro, hoy 5, tít. 8, libro 11 de la Novís. Recop, se prescriben por veinte años.

titucion en los casos siguientes: (Leyes 28, tít. 29, Part. 3; y 47, tít. 13, Part. 5.) (1).

Contra la prescripcion de cosa suya, que empezó á correr en su ausencia.

Contra la venta de la cosa que empeñaron, hecha durante la misma: en este caso deberán dar al comprador la cantidad porque estaba empeñada la cosa.

684 Los anteriormente espresados han de pedir la restitucion dentro de cuatro años despues de su regreso; y sus herederos dentro de cuatro desde que supieron la muerte de los ausentes. (Las mismas leyes.)

685 Gozan los mismos de restitucion contra la sentencia dada es-

---

(1) Por hablarse de la restitucion se colocan aquí estos casos, que tal vez tendrian lugar mas oportuno en sus respectivas materias, en las que nos reservamos tratar con la debida detencion de todos ellos; pero nos ha parecido conveniente reunir y tocar aunque de paso todo lo que tiene relacion con la presente y lleva su mismo nombre. En todos ellos hay restitucion, aunque en algunos usen las leyes de las palabras «*como en manera de restitucion.*» (Leyes 2 y 40, tít. 25 Part. 5.)

Sala en su Ilustracion al Derecho Real de España, pone por primer caso de restitucion de los mayores aquel en que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo: *los contratos así celebrados, añade, son válidos atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es todavía voluntad; pero se deshacen por la ley á beneficio de la equidad, que ha dictado todas las restituciones*: cita al efecto la ley 56, tít. 5, Part. 5, y su glosa 4 por Gregorio Lopez. Nosotros, amantes de la sencillez y de la verdad, no reconocemos tal restitucion. Los Romanos, adhiriéndose á la dureza de los estóicos en cuanto á que la voluntad forzada es voluntad, y desentendiéndose de que no era voluntad *libre*, admitieron por necesidad la restitucion, tanto para el caso de miedo ó de fuerza, como para el de haberse celebrado el contrato dañoso con dolo malo; pero la admitieron solo para los contratos de derecho estricto ó rigoroso, no para los de buena fé, en los que de ningun modo la reputaron necesaria, porque al dañado le competia la accion ó escepcion ordinaria procedente de los mismos contratos, para alejar el daño. Ahora bien; el mismo Sala, tanto en su Digesto Romano-Hispano, tít. 5, libro 4, como en las Instituciones, §. 28 de las acciones, reconoce, y no podia menos de reconocer, que entre nosotros todos los contratos y acciones son de buena fé. Asi, admitiéndose la restitucion para el caso de miedo ó fuerza, viene á admitirse aun para lo que los Romanos con todas sus metafísicas y abstrusas distinciones no la estimaron necesaria, es decir, para los contratos de buena fé. ¿Qué importa que en la ley 56, tít. 5, Part 5, se diga que la venta en que intervino fuerza ó miedo debe ser deshecha, para sacar de aquí que ha de ser por el remedio estraordinario de la restitucion? ¿Acaso la ley 28, tít. 11, y la 49, tít. 14, de la misma Partida, no equiparan en un todo el caso de miedo ó fuerza con el de dolo ó engaño? ¿y el mismo Gregorio Lopez en la glosa 4 de la ley 57, tít. 5, Part. 5, no sostiene que la palabra *desfacer* se ha de entender del simple hecho material, pero que el contrato será nulo? Admitida pues la restitucion para el caso de fuerza ó miedo, habrá tambien de admitirse para el de dolo; y no lo sienten asi los autores citados. Hay ademas otro inconveniente: una vez sentado que tenga lugar la restitucion por miedo ó fuerza, se seguirá que ha de pedirse á lo mas dentro de cuatro años, porque este era y es el término mas largo para pedirla en todos casos; y ninguno de aquellos autores pretende cosa tal, ni pudieron citar ley alguna que asi lo establezca, salvo lo que para otro caso dicen las leyes 28, tít. 11, y la 49, tít. 14, Part. 5. Concluimos por lo tanto, que el contrato celebrado por miedo ó fuerza es nulo, por faltar en él la libre voluntad y consentimiento, que es la primera base y fuente de todas las obligaciones civiles; y que la accion para pedir la nulidad ó rescision durará lo que todas las personales. Decimos nulidad ó rescision, porque nos importan poco las palabras cuando la sustancia y efectos son los mismos, y porque aquí cuadra lo de Gregorio Lopez, que deshacer ó rescindir se ha de entender del hecho material del contrato, aunque sea nulo de suyo.

tando ellos ausentes, si su procurador no los defendió derechamente, ó no apeló de ella; pero deberán pedirla dentro de diez dias desde que regresaron, ó lo supieron: si no dejaron procurador, no les perjudica la sentencia dada en contra de ellos. (Ley 10. tít. 23, Part. 3.)

686 El que por dolo ó fuerza hecha por su contrario no ha podido continuar el pleito ó venir á oir sentencia, tiene derecho á que se reponga el pleito en su anterior estado. (Ley 12, tít. 23, Part. 3.)

687 Si el dolo ó fuerza proceden de un tercero, no puede pedir la reposicion del pleito, y sí solo apelar de la sentencia dentro de diez dias desde que la supo. (Ley 12, tít. 23, Part. 3.)

688 La disposicion anterior comprende á los impedidos por grandes nieves, avenidas, ladrones, enemigos conocidos ó enfermedad. (Dicha ley 12.)

689 Cuando el procurador, de cualquiera que sea, no apeló de la sentencia contraria ni la hizo saber á su principal, puede éste apelar dentro de diez dias desde que la supo, si el procurador no puede pagarle los daños que le ocasionó por su culpa. (Ley 2, tit. 23, Part. 3.)

690 Dada la sentencia á virtud de falsos testigos ó instrumentos, puede pedirse que se desate, como en manera de restitucion. (L. 1, tit. 26, Part. 3.)

691 Aunque la sentencia no se rescinde por instrumentos nuevamente hallados, compete sin embargo este derecho al fisco dentro de tres años, y aun en cualquier tiempo si fue dada por dolo de su procurador ó de su contrario. (Ley 19, tit. 22, Part. 3.)

FORMULARIO.

Pedimento en que se pide restitucion contra un remate.

692 F. en nombre de N., en los autos ejecutivos seguidos á instancia de A. contra mi parte, sobre cobranza de tanta cantidad, digo: que los bienes por ellos embargados, despues de haber andado al pregon por el término del derecho, se remataron en F., como mayor postor, en tanto. Y mediante á que ahora nuevamente ha salido B. tratando de pujarlos en tanta cantidad, y competiendo á mi parte como hospital el ámplio beneficio de la restitucion:

A V. suplico se sirva mandar que se haga saber á F. á cuyo favor se celebró el remate, para que si por el tanto de esta última puja quiere los bienes en él rematados, la formalice dentro de un breve término, con apercibimiento de que no haciéndolo en él, se admitirá la hecha por B. Pido justicia, juro, y para ello, &c.

PARTE CIVIL.

LIBRO I.

De las cosas.

LIBRO SEGUNDO.

TITULO I.

De las cosas ó bienes, su division, y modo de adquirirlas.

693 Entiéndese por *cosa* todo lo que puede servir al hombre de algun uso ó utilidad, sea por derecho divino ó humano, natural ó civil, público ó privado (1).

694 Divídense las cosas en *divinas y humanas*, en *muebles é inmuebles*, *corporales é incorporales*.

SECCION I.

De las cosas divinas.

695 Las cosas divinas son ó *sagradas*, ó *religiosas*, ó *santas*; todas ellas están fuera del comercio de los hombres, sin que nadie pueda adquirirlas, salvo en algunos casos particulares; y por lo tanto su tratado corresponde al derecho canónico (2).

SECCION II.

De las cosas humanas, y mas especialmente de las comunes.

696 Las cosas humanas se subdividen en *comunes*, *públicas*, *de Concejo*, *y privadas ó de particulares.* (Ley 2, tit. 28, Part. 3.)

---

(1) En el Febrero reformado se censura á los jurisconsultos romanos porque definian la palabra cosa «todo lo que es diverso de las personas y acciones,» y se dice que faltaban manifiestamente á la esactitud, puesto que las mismas acciones son tambien cosas. No somos partidarios de las definiciones negativas; pero Vinnio en su comentario 2, del lib. 4, tit. 6 de las acciones, esplica bien los dos conceptos bajo que pueden considerarse estas: el primero, como derecho adquirido, y bajo él corresponden á las cosas; el segundo, como via ó medio para perseguir y obtener en juicio aquel mismo derecho, y bajo este segundo procedia la definicion romana, que por lo mismo no era inesacta.

(2) Sin embargo en la ley 12 y siguientes, tít. 28, Partida 3, se trata de todas estas cosas, adoptando en cuanto á las santas y religiosas la doctrina de las romanas, que entre nosotros no está en uso. Hablan tambien aunque mas lijeramente de lo mismo la ley 2, tít. 18, Part. 1; la 6, tit. 29, y la 14, tít. 30, Part. 3; la 22, t. 11, y la 25, t. 25, Part. 5.

697 Llámanse comunes las que sirven á las aves y á las bestias asi como á los hombres; tales son el aire, el agua de lluvia, el mar y sus riberas. (Ley 3, dicho título 28.) (1).

698 Asi es que todo hombre puede aprovecharse del mar y sus riberas, pescando ó navegando, ó haciendo todo lo demas que entendiere serle beneficioso. (Dicha ley 3.)

699 Podrá de consiguiente levantar en ellas casa ó cabaña para acogerse y cualquier otro edificio que le aproveche, siempre que por él no se embarace el uso comun.

700 Tambien puede hacer y componer naves y redes, secar estas, y poner sus mercaderías y pescados, sin que nadie pueda impedírselo.

701 Pero si estuviese ya levantado otro edificio ó casa, nadie puede derribarlo ni hacer uso alguno de él sin consentimiento de su dueño; aunque estando ya derribado ó caido, puede cualquiera edificar en el mismo lugar. (Leyes 3, 4 y 6 de dicho título.) (2).

---

(1) «Las que en cuanto á la propiedad no son de ninguno, y en cuanto al uso son de todos los hombres» dice Heineccio definiéndolas por las leyes romanas.

(2) En el Febrero reformado se lee por nota «lo espuesto con arreglo à leyes de Partida solo deberá observarse en lo que no se halle derogado por las ordenanzas de la armada ú otras reales disposiciones.»

No correspondía en verdad tratarse en un código civil ni de las cosas comunes, ni de las públicas ni de concejo: estas dos últimas son objeto peculiar y esclusivo de la administracion: las comunes lo son tambien, en cuanto al uso de los súbditos de un mismo gobierno; pero en cuanto al uso de los súbditos de diversas potencias, son materia del Derecho público de Gentes, y está arreglada por los tratados de paz y de comercio. Pero ya que ha sido preciso tocarla, no queremos privar á nuestros lectores del trozo instructivo que sobre ella se lee en el tomo 2.°, cap. 33 del Febrero reformado, añadiendo nosotros, que en nuestros dias se han suscitado y terminado sobre este mismo punto diferencias entre algunos gobiernos, al paso que pende todavía alguna y se terminará como todas por la única via posible de tratados: dice asi el citado cap. 33.

«De todas las cosas que son comunes à los hombres, ninguna hay cuyo uso sea mas estenso y general que el del mar, como que naturalmente es propio de todas las naciones. La plena mar no puede ocuparse por su naturaleza, puesto que à nadie es posible establecerse en ella de modo que impida su paso á los demas; si bien una nacion poderosa en el mar podria prohibir à las otras pescar y navegar en ella declarando que se apropiaba su dominio, y destruiria las naves que allí se presentasen sin su permiso; pero no seria esto con razon y justicia. Es evidente que el uso de la plena mar, el cual consiste en la navegacion y en la pesca, es inocente é inagotable, por lo que quien navega ó pesca en alta mar, á nadie perjudica, y de consiguiente respecto à estos dos puntos el mar puede satisfacer á las necesidades de todos los hombres. La naturaleza no dá á los hombres el derecho de apropiarse las cosas cuyo uso es inocente, inagotable y suficiente para todos, porque pudiendo cada uno en el estado de comunion de ella encontrar con qué satisfacer sus necesidades, el intentar hacerse su único dueño y escluir de ella à los demas seria querer privarnos sin razon de los beneficios de la naturaleza. No suministrando ya la tierra sin cultura todas las cosas necesarias ó útiles al género humano, multiplicado sobremanera, fué conveniente introducir el derecho de propiedad, para que cada uno pudiera aplicarse con buen ésito á cultivar lo que le hubiese tocado en suerte, y à multiplicar con su sudor las varias cosas útiles á la vida. Hé aqui por qué aprueba la ley natural los derechos de dominio y propiedad que pusieron fin à la comunion primitiva. Mas la razon espuesta no puede tener lugar respecto de las cosas cuyo uso es inagotable, ni consiguientemente ser un justo motivo para apropiárselas. Si el uso libre y comun de una cosa semejante fuera perjudicial ó peligroso à una nacion, el cuidado de su

702 Por la misma razon pertenecen por entero al hallador y primer ocupante el oro, aljófar y piedras que se encuentren en las arenas ó riberas del mar. (Ley 5 del mismo título.)

---

propia seguridad la autorizaria para someterla á su dominio, si le era posible, á fin de no permitir su uso sino con las precauciones que le dictase su prudencia; lo cual no milita en la alta mar. Los portugueses quisieron en otro tiempo abrogarse el imperio de los mares de Guinéa y de las Indias Orientales; pero á las demas naciones marítimas dió poco cuidado semejante pretension.

»No obstante, como es libre cada uno de renunciar su derecho, puede una nacion adquirir derechos esclusivos de navegacion y pesca por medio de tratados, en que otras naciones renuncian à favor suyo los derechos que deben à la naturaleza; y estas deben cumplir sus tratados, y la nacion à quien favorecen, tiene derecho para mantenerse con la fuerza en la posesion de sus ventajas. Así es que, omitiendo otros muchos ejemplos, la casa de Austria renunció en un tratado à favor de los ingleses y holandeses, el derecho de enviar embarcaciones à los Paises-Bajos é Indias Orientales.

»Siendo los derechos de navegacion, pesca y otros que pueden ejercitarse en el mar, derechos de mera facultad, los cuales son imprescriptibles, es claro que no pueden perderse por la falta de uso; y de consiguiente aun cuando de tiempo inmemorial se hallase una nacion sola en la posesion de navegar y pescar en ciertos mares, no podria por este fundamento atribuirse un derecho esclusivo; pues de no haber hecho las demas el mismo uso no se sigue que han querido renunciarlo, y està en su mano ejercerlo, siempre que lo tengan por conveniente. Mas puede suceder, que el no uso se revista con la naturaleza de un consentimiento, ó de un pacto tácito, de suerte que llegue à ser un título en favor de una nacion contra otra. Si una nacion que se halla en posesion de navegar y pescar en ciertos parages, pretende tener en esto un derecho esclusivo, y prohibe à otras tener parte, como ellas obedezcan con señales suficientes de conformarse con la tal prohibicion, renuncian tácitamente su derecho en favor de aquella, y le dan uno que puede sostener legítimamente contra ellas en lo sucesivo, mayormente si se confirma con un largo uso.

»Los varios usos del mar cerca de las costas le hacen muy susceptible de propiedad, porque en ellas se pesca y se cojen perlas, conchas, ámbar y otras cosas, respecto à lo cual no es inagotable su uso; por lo que podrá la nacion à quien pertenezcan las costas, apropiarse un bien de que se puede apoderar y aprovechar, asi como pudo ocupar y adquirir las tierras que habita. Nadie dudará que pueden adquirirse legítimamente las pesquerías de las perlas de Baharen y de Ceilán; y aunque la pesca del pescado parezca de un uso mas inagotable, si un pueblo tiene un sus costas una pesquería particular y fructuosa, de que puede hacerse dueño, le serà lícito apropiarse este beneficio de la naturaleza como una dependencia del pais que ocupa, y si hay bastante pescado para suministrar à las naciones vecinas, reservarse las grandes utilidades que puede sacar con su comercio. Mas si léjos de apoderarse de esta pesca ha llegado una vez á reconocer el derecho comun de los demas pueblos de ir allí á pescar, no puede escluirlos de ello, por haber dejado tal pesca en su comunion primitiva, á lo menos respecto de aquellos que se hallan en posesion de utilizarse de ella. No habiendo los ingleses apoderádose al principio de la pesca del arenque en sus costas, les es comun con otras naciones.

»Una nacion puede apropiarse cosas, cuyo uso libre y comun le fuese peligroso y nocivo; y por esta razon las potencias estienden su dominio en el mar á lo largo de sus costas, tan léjos como pueden proteger su derecho. Conviene á su seguridad y al bien de su estado, que no esté en manos de todos el acercarse á sus posesiones, especialmente con buques de guerra, el impedir la llegada á las naciones comerciantes, y turbar allì la navegacion. Mas no podràn rehusar la llegada á embarcaciones no sospechosas para usos inocentes; pues todo propietario debe conceder à los estranjeros aun el paso por sus tierras, cuando puede hacerse sin daño ni peligro. Es verdad que compete á la nacion juzgar de lo que puede hacer en todos los casos particulares que se ofrezcan, y si juzga mal, peca, pero las otras deben tolerarlo. No milita esto en los casos de necesidad, como por ejemplo cuando un navío para ponerse á cubierto de una tempestad se vé precisado à entrar en una rada perteneciente á otra nacion, y entonces el derecho de entrar en cualquier parte sin cau-

Entiéndese por ribera del mar todo aquel lugar que cubre el agua ú ola cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano. (Dicha ley 4.)

---

sar daño, ó reparándole, es un resto de la comunion primitiva, de que ningun hombre ha podido despojarse, y la entrada del navío será tan legítima, como injusta la resistencia que se le oponga.

»No es fácil determinar hasta qué distancia puede una nacion estender sus derechos sobre el mar que la rodea; pero lo mas razonable que puede decirse es, que la dominacion del estado sobre el mar vecino se estiende hasta cuanto es necesario para su seguridad, y puede hacerla respetar. Por una parte no puede apropiarse una cosa comun como el mar sino en cuanto es menester para algun fin legítimo, y por otra seria una pretension vana y ridícula atribuirse un derecho sin hallarse en estado de poderle sostener. Las grandes fuerzas navales de la Inglaterra han dado motivo à sus Reyes para atribuirse el imperio de los mares que la rodean, hasta en las costas opuestas, y el célebre Seldeno, à quien debemos la mayor instruccion sobre esta materia, trae un acto solemne, por el que parece haber reconocido este imperio en tiempo de Eduardo I el mayor número de las naciones marítimas de la Europa, como tambien que la república de Holanda lo reconoció en cierto modo en el tratado de Breda de 1667, por lo menos en cuanto à los honores del pabellon; mas para establecer sólidamente un derecho tan estenso, sería necesario mostrar con mucha claridad el consentimiento espreso ó tácito de todas las naciones interesadas.

»Los franceses nunca han condescendido á esta pretension de la Inglaterra, y en dicho tratado de Breda Luis XIV ni aun quiso tolerar que el canal de la Mancha se llamase *canal de la Inglaterra*, *ó mar Británico*. La República Veneciana se atribuia el imperio del mar Adriático, y todos saben la ceremonia que con este motivo se practicaba todos los años. Para confirmar aquel derecho se alegaban los ejemplos de Wladislao, Rey de Nápoles, del Emperador Federico II, y de algunos Reyes de Hungrìa, que pidieron á los venecianos permiso para hacer pasar sus bajeles á dicho mar. Parece incontestable, que su imperio perteneciese à la república hasta cierta distancia de sus costas, en los lugares de que pudiera apoderarse, y que la importára ocupar y guardar para seguridad suya; pero es muy dificil que ninguna potencia quisiese reconocer su soberanìa en todo el mar Adriático. Estos pretendidos imperios son respetados, mientras que las naciones se los atribuyen, se hallan en el estado de conservarlos con la fuerza, y se acaban con su poder. En el dia todo el espacio de mar que está à tiro de cañon á lo largo de las costas, se mira como parte del territorio, y por esta razon una embarcacion apresada bajo el cañon de una fortaleza neutral, no se tiene por buena presa.

»Todo lo que hemos dicho de las partes del mar cercanas á la costa, ha de decirse con mayor razon de las radas, bahías y estrechos, como aun mas capaces de ocupacion y mas importantes para la seguridad del pais; pero esto ha de entenderse de los de poca estension, y no de aquellos grandes espacios de mar á que se dan algunas veces dichos nombres, como la bahía de Hudson y el estrecho de Magallanes, sobre los cuales no podria estenderse el imperio y aun menos la propiedad. Una bahìa cuya entrada puede prohibirse, puede ocuparse y someterse à las leyes del soberano, é importa que lo sea, puesto que el pais podria mas fácilmente ser insultado en este parage, que en las costas descubiertas á los vientos é imperio de las olas.

«En órden à los estrechos que sirven de comunicacion à dichos mares, cuya navegacion es comun á todas ó muchas naciones, la poseedora del estrecho no puede rehusar el paso à las demas, con tal que sea inocente y no peligroso para ella. Rehusándolo sin justa razon, privaría à estas naciones de una ventaja que les concede la naturaleza, mayormente cuando el derecho de tal paso es un resto de la comunion primitiva. Solamente el cuidado de su propia conservacion autoriza al soberano del estrecho para usar de ciertas precauciones, y ecsigir ciertas formalidades establecidas comunmente por la costumbre de las naciones. Tambien podrá cobrar un derecho ó tributo moderado por el paso de los bajeles, ya por la incomodidad que le causan obligándole á estar con cuidado, y ya por la seguridad que les proporciona, protegiéndolos contra sus enemigos, alejando de allí á los piratas, y tomando á su cargo el mantener fanales, valizas y otras cosas necesarias para el bien de los navegantes.

SECCION III.

De las cosas públicas.

703 Llámanse tales las que pertenecen tan solamente á todos los hombres, como los rios, los puertos y caminos públicos. (Leyes 2 y 6, tít. 28, Part. 3.) (1).

Así es que en el estrecho del Sund ecsige un peage el rey de Dinamarca. Semejantes derechos deben fundarse en las mismas razones y estar sujetos á las mismas reglas que los portazgos establecidos en la tierra y en los rios.

»Si un mar se halla enclavado enteramente en las tierras de una nacion, comunicándose solamente con el Occéano por un canal de que puede apoderarse la misma nacion, parece que semejante mar no es menos susceptible de ocupacion y propiedad que la tierra, y que debe seguir la suerte de los paises que lo rodean. El mar Mediterráneo estuvo en otro tiempo encerrado absolutamente en tierras del pueblo romano, y haciéndose este dueño del estrecho que lo une con el Occéano, podia someterlo á su imperio y atribuirse su dominio, con lo cual no ofendia los derechos de otras naciones, estando manifiestamente destinado por la naturaleza un mar particular al uso de los paises que le cercan. Por otra parte, vedando la entrada en el Mediterráneo á toda embarcacion, aseguraban los romanos de una sola vez toda la inmensa estension de sus costas, y esta razon bastaba para autorizarlos á apoderarse de él. Como no comunicaba absolutamente sino con sus estados, estaba en su mano permitir ó prohibir su entrada, así como la de sus ciudades y provincias.

»Cuando una nacion se apodera de ciertas partes del mar, adquiere su imperio y dominio igualmente que de las tierras; y son de la jurisdicion y del territorio de la nacion. Su soberano manda en ellas, prescribe leyes, puede castigar á sus violadores, y en una palabra tiene los mismos derechos que le corresponden en sus dominios terrestres.

»Siendo comun á todos los hombres el uso del mar, las leyes que prescriben el modo, tiempo y máquinas con que se ha de pescar, solo pueden regir en las riberas, rios, lagos, estanques y pesquerías determinadas, no en alta mar, donde es la pesca inagotable y puede pescar cada uno como mejor le parezca.»

(1) «Las que en cuanto á la propiedad son de todo un pueblo ó nacion, y en cuanto al uso de todos y cada uno de los del pueblo ó nacion», las define Heineccio. Así se comprende bien la diferencia entre las cosas comunes y públicas, que se presenta tan confusa en las instituciones romanas y en nuestras leyes de Partida, pues que segun ellas no aparece distincion entre unas y otras cosas en cuanto al uso de los hombres. Gregorio Lopez indica esta misma diferencia en la glosa 4 de la citada ley 6.

En el Febrero reformado se lee lo siguiente: «Segun las leyes romanas, los rios son cosas públicas, cuya propiedad pertenece á la nacion por cuyo territorio pasan, y cuyo uso es libre para todos los individuos de ella. De aquí se infiere que si el rio nace y muere dentro de un mismo estado, pertenece á este enteramente; por manera que ningun otro puede servirse de él, ni para la pesca ni para la navegacion: mas si el rio riega las tierras de diferentes naciones, se divide la propiedad entre estas segun la estension de aquellas; y asimismo el uso de la pesca y de la navegacion del rio se divide conforme al derecho de gentes, entre los varios pueblos situados en sus riberas, pudiendo solo navegar y pescar los individuos de ellos en las partes sujetas á su imperio. Pero segun la ley 6, tít. 28, Part. 3, los rios pertenecen á todos los hombres *comunalmente*, de modo que aun los que son *de otra tierra estraña* pueden usar de ellos como los naturales y moradores del territorio que bañan los rios.»

A nosotros, dejando aparte si es ó no tan cierta como se supone la disposicion de las leyes romanas, nos basta observar que la ley de Partida está espresa en contrario, y que la interpretacion de Gregorio Lopez no tiene apoyo ni en su letra ni en su espíritu. Tal vez seria mejor aplicar á ella la distincion que hace Vinnio comentando

704 De consiguiente podrán usar de ellas tanto los estranjeros como los naturales y moradores. (Dicha ley.)

705 Siendo público el uso de los rios y no debiendo sacrificarse el bien de todos al de alguno ó algunos particulares, no puede hacerse en ellos ni en sus riberas molino, casa ú otro edificio que impida la navegacion ó embargue su uso comun; y si se hiciese ó ya estuviese hecho, deberá arruinarse, á no ser que se muestre privilegio ó facultad real para hacerlo. (Ley 8, tít. 28, Part. 3; y 7, tit. 26, lib. 7 Novís. Recop.)

706 Cuando hubiere de enviarse por los rios á los puertos de mar alguna madera para la construccion de bajeles, deberá removerse en consideracion y beneficio de la marina todo embarazo que haya en ellos, y esto á costa de su autor.

707 No perjudicándose á la navegacion ó uso comun del rio, podrá cualquier vecino edificar molino, aceña ú horno en la ribera; sin necesidad de obtener licencia si tuviese la propiedad de ella, ó con permiso del rey ó concejo, si les perteneciese á ellos ó hubiese de pasar el agua al molino por lugar público. (Leyes 8, tit. 28, y 18, tit. 32, Partida 3.)

708 Lo espuesto en el número anterior procede aun cuando algun particular tuviere otro molino en la misma agua y cerca del sitio en donde se quiere construir el nuevo, siempre que en ninguna manera se embargue al otro el libre curso de aquella, á pesar de que el dueño del primer molino perciba entonces menos renta ó utilidad por minorarse la concurrencia á él. (Las mismas leyes 8 y 18.) En los mismos términos podrá sacarse del rio público el agua que alguno necesitare, sino es que el pueblo ó concejo la destine á sus propios usos, ó cuando se obtenga su licencia ó la del soberano; y cuando el rio no navegable llegue á serlo juntándose despues con otro, deberá hacerse uso de sus aguas sin minorarlas, de modo que despues de su union con el otro no deje de ser navegable.

709 El agua que se toma lícitamente del rio y entra en canal de algun particular deja de ser pública, y se hace propia de éste; por lo

---

las fontanas, entre el rio y su agua corriente, para deducir el diferente derecho y uso que compete en una y otra cosa. »El rio, dice, es un cierto todo, un solo cuerpo y el mismo que ha mil años ecsiste, y que està bajo el imperio de aquellos en cuyo territorio se contiene; pero el agua corriente no es la misma en número sino otra y otra, y corriendo perpetuamente, no puede decirse de ella que está contenida en cierto lugar y bajo la potestad de cualquiera, como tampoco puede decirse del aire y del mar. Por estas reglas ó diferentes conceptos se ha de juzgar de su diferente uso. Lo hacemos del todo del rio para navegar y pescar, y este uso se halla dividido por derecho de gentes, como se halla el imperio de los mismos rios: por lo tanto el mencionado uso no es comun indistintamente á todos los hombres, sino público, para aquellos tan solo en cuyo territorio se contiene el rio. Pero en cuanto se usa de su agua para lavar, beber y abrevar los ganados, este uso es comun y permitido á todos los hombres por derecho natural.»

Asi, el primero de estos usos se arreglará entre estraños, como lo acabamos de ver en cuanto al Duero, por tratados de navegacion; y entre los mismos súbditos, por leyes administrativas. Sobre el derecho y forma de pescar en las aguas corrientes, rios y canales navegables, tenemos el real decreto de 5 de mayo de 1834, y por el se vé que el tal derecho no solo no es público para todos los de una misma nacion, pero ni aun para los del mismo pueblo cuyo territorio baña el rio, y antes bien se considera inherente al dominio ó propiedad de las riberas.

que puede disponer de ella á su arbitrio, haciendo estanque para recogerla aunque perjudique al vecino y separe el agua de su acostumbrado curso, no haciéndolo por emulacion; de suerte que no podrán ponerle impedimento alguno los dueños de los prédios inferiores aun cuando de tiempo inmemorial hubiese corrido el agua naturalmente por ellos: pues para impedir la detencion del agua no pueden alegar prescripcion, mediante á ser necesaria para esta que hubiesen hecho alguna obra, como fosa ó canal, y usado del agua por derecho de servidumbre con ciencia y paciencia del dueño del fundo superior, segun dicen algunos intérpretes (1).

710 Asi como es comun á todos el uso del rio, lo es tambien el de sus riberas; y de consiguiente pueden todos atar sus naves á los árboles que hay en aquellas, componerlas igualmente que las velas, poner sus mercaderías y pescado, venderlo, secar sus redes y hacer otras cosas semejantes. (Ley 6, tít. 28, Part. 3.)

711 Pero el señorío ó propiedad de las riberas es de aquel cuyas son las heredades á que están unidas, y por lo mismo le pertenecen los árboles arraigados en aquellas. (Dicha ley 6 y la siguiente 7.)

712 Podrán pues cortarlos y hacer de ellos lo que les parezca, á no ser que estuviese atada á ellos alguna embarcacion, ó llegase y la quisiesen atar, porque entonces se consideraria esto como contrario al derecho comun que tienen todos los hombres para hacer uso de las riberas. (Dicha ley 7.)

713 Por la razon dicha de ser las riberas de propiedad particular, parece que en cuanto al hallazgo del tesoro hecho en ellas deberá regir la ley 45, tít. 28, Part. 3.

SECCION IV.

De las cosas de concejo ó universidad.

714 Llámanse asi las que pertenecen apartadamente al comun de alguna ciudad, villa, castillo ú otra corporacion semejante. (Ley 2, tít. 28, Part. 3.)

715 Entre las cosas propias del comun de algun pueblo hay unas de que cada vecino de éste, sea pobre ó rico, puede usar, y otras de que no puede hacer ningun uso.

716 Las primeras son las fuentes, las plazas donde se celebran las ferias y mercados, las casas consistoriales, los arenales de las riberas de los rios, los ejidos, las carreras ó sitios destinados para correr caballos, los montes, dehesas y otros lugares semejantes que sirven para el uso comun. (Ley 9, tít. 28. Part. 3.)

717 Las segundas son los campos, viñas, huertas, olivares y otras

(1) En real órden de 5 de abril de 1834 se declara por regla general, que ningun particular ni corporacion pueda distraer en su orígen ni en su curso las aguas de manantiales ó rios que de tiempos antiguos riegan otros terrenos mas bajos, los cuales no pueden ser despojados del beneficio adquirido, en favor de otros que por el hecho de no haberlo aprovechado antes consagraron el derecho de los que lo aprovecharon.

heredades, los ganados y otras cosas semejantes que dan algun fruto ó renta; pues aunque correspondan en comun á todos los moradores del pueblo á quien pertenecen, no puede cada uno por sí aprovecharse de ellas: si bien sus frutos y rentas deben emplearse para beneficio comun de toda la poblacion, por ejemplo, en la construccion ó reparacion de fuentes, en pagar tributos, &c. (Ley 10, tít. y Part. cit.; ley 5, tít. 11, lib. 7 de la Novís. Recop.)

718 Nadie puede hacer casa, edificio ú otra obra en plazas, ejidos, ni caminos que sean comunales á todos. (Ley 23, tit. 32, Part. 3.)

719 Si alguno fuere contra lo dispuesto en el número anterior, se deberá derribar la obra, á menos que el comun de aquel lugar donde esto acaeciese quiera retener para sí el edificio, en cuyo caso podrá aprovecharse de lo que sacare de él, como de las otras rentas comunes. (La misma ley.)

SECCION V.

De las cosas privadas.

720 Llámanse asi las que corresponden á los hombres en particular; por lo que pueden adquirir ó perder su dominio, y forman los bienes, riquezas ó caudal de cada uno, en una palabra, su *patrimonio*. (Leyes 2 y 3, tit. 28, Part. 3.)

721 Todo lo que constituye el patrimonio de cada uno se reduce á *derechos reales* ó *personales* (1).

722 *Derecho real* es el que nos corresponde sobre la misma cosa sin relacion ó consideracion á cierta y determinada persona; por manera que podemos perseguir ó vindicar la cosa donde quiera que se encuentre, y de cualquier poseedor. (Leyes 29 y 30, tít. 2, Partida 3.) (2).

723 Las especies de derecho real son cuatro, á saber: *dominio*, *herencia*, *servidumbre* y *prenda* ó *hipoteca*.

724 *Derecho personal* es el que nos corresponde contra cierta persona, para que dé ó haga aquello á que nos está obligada. (Ley 42, tít. 5, Part. 3.)

---

(1) Esto se deduce necesariamente de la division de acciones en reales y personales, hecha en algunas de nuestras leyes y supuesta en otras, como en la 24 y 22 tit. 29, Part. 5, y en la 5, tit. 8, lib. 11 de la Novis. Recop.

(2) Habia entre los romanos ciertas acciones, que aunque personales en su origen, surtian el efecto de las reales y se daban contra cualquier poseedor de la cosa, en cuyo caso eran llamadas *in rem scriptæ*. Tales eran la *restitutoria* por causa de miedo, la *exhibitoria*, la *pauliana* y en general las *noxales*, por las que en el caso de haberse ocasionado daño por un animal manso sin culpa de su dueño, se reclama de este la reparacion del dado ó la entrega del animal dañador. Entre nosotros los efectos de estas acciones serán los mismos, como se vé por la ley 22, tit. 15, Part. 7, y su glosa 4, y la ley 7, tit. 15, Part. 5: considérase tambien de esta especie la accion para el retracto de sangre.

SECCION VI.

De las cosas muebles é inmuebles.

725 Son *muebles* las cosas que se pueden mover del lugar en que estan, bien lo hagan por sí mismas, como las mulas, caballos y demas animales, en cuyo caso se llaman *semovientes*, bien por obra de los hombres, como los vestidos, las mesas, y los frutos de la tierra. (Ley 4, tít. 29, Part. 3. (1).

726 *Inmuebles* ó *raices* son las que no pueden moverse del lugar en que estan, como los campos y casas. (Dicha ley.)

727 Repútanse por bienes raices los censos, oficios y otros derechos perpetuos que pueden hipotecarse. (Ley 3, tit. 16, lib. 10 de la Novís. Recop)

728 Gozan del mismo concepto y siguen á la finca en caso de venta, los muebles incorporados en ella ó destinados para su uso ó servicio perpétuo, como las canales, los caños, aguaduchos, y las cubas ó tinajas que estuvieren hincadas ó soterradas en la misma. (Leyes 28 y 29, tit. 5, Part. 5.)

SECCION VII.

De las cosas corporales é incorporales.

729 Son *corporales* las cosas que pueden tocarse, como una casa, un caballo, &c.; *incorporales* por el contrario las que por no tener cuerpo que reciba el tacto no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias. (Ley 1, tit. 30, Part. 3.)

---

(1) Sin embargo, los frutos antes de ser separados ó cogidos son reputados como parte de la misma heredad, y tambien los árboles antes de ser cortados. Por la misma razon, aunque las minas y canteras son bienes raices, lo que esté ya cortado ó arrancado en ellas deja de ser tal, y pasa á la clase de bienes muebles en el mismo instante del corte ó del arranque.

Las servidumbres reales ó prediales habrán de ser colocadas en la clase de bienes raices, puesto que son derechos y cargas inherentes à los mismos fundos, y unas emanaciones del derecho de dominio, por las que se menoscaba el del fundo sirviente y se aumenta el del fundo dominante.

Entre las acciones las personales, sea cualquiera su objeto ó tendencia, se reputarán bienes muebles; las propia y rigorosamente reales se clasificaràn segun la naturaleza de la cosa: si esta es raiz, se tendrán aquellas por raices; y al contrario.

Es de grande interés la esacta clasificacion de las cosas en muebles ó inmuebles, porque segun este diferente concepto son tambien diversos los efectos que les atribuye el derecho. Por punto general: las cosas muebles, ecsistan naturalmente donde se quiera, se tienen en derecho por ecsistentes en el domicilio de su dueño, y se regirán por sus leyes; los bienes raices, por el contrario, son gobernados por la legislacion del lugar donde estan sitos y donde verdaderamente ecsisten. Son tambien diferentes los efectos en derecho sobre bienes muebles é inmuebles en materia de prescripciones, de hipotecas, de embargo y venta en los juicios ejecutivos, y de enagenacion cuando las cosas pertenecen à pupilos ó menores.

TITULO II.

Del dominio y de los modos de adquirirlo.

730 Entre los diversos derechos reales ó *en la cosa*, hemos enumerado anteriormente el dominio, que ocupa el primer lugar entre ellos, y en el que puede decirse se encuentran reunidos los demas. Definirlo, clasificarlo, determinar lo que lo constituye y los modos de adquirirlo, debe ser el objeto de las siguientes secciones.

SECCION I.

Del dominio y sus clases.

731 No es nuestro objeto al ocuparnos particularmente del dominio, remontarnos al orígen de la propiedad, ecsaminar los diversos sistemas que acerca de ella se conocen, ni tampoco determinar las diversas acepciones en que suele tomarse esta palabra: son muy variadas las teorías que en este punto se conocen, y no sería de grande utilidad el recorrerlas.

732 El dominio *es el derecho ó facultad de gozar y de disponer libremente de las cosas con sujecion á las leyes*, ó sea *el derecho de disponer libremente de nuestras cosas, á no ser que la ley, el pacto ó la voluntad del testador nos lo prohiba.* (Ley 27, tít. 2, Part. 3.)

733 Inútil es la division que generalmente se hace de dominio y cuasi dominio, aplicando aquella denominacion á las cosas corporales y especialmente á las muebles, y esta á las incorporales ó derechos; porque *gozar y disponer* debe entenderse conforme lo permita la naturaleza de las cosas constituidas en dominio.

734 Generalmente se divide el dominio en *pleno* y *menos pleno*, *directo* y *útil*: division á que da lugar la separacion ó ecsistencia en diversas personas de las facultades de disponer y de gozar. Cuando en una misma se encuentran reunidas, el dominio es pleno; cuando separadas, menos pleno: y en este caso se dice señor directo al que tiene la facultad de disponer, y útil al que tiene la de gozar.

735 Hemos dicho que el dueño, como tal, tiene la facultad de disponer y de gozar: en el primer concepto retiene en su poder la cosa en que consiste, se utiliza ó no de ella, la trasmite á otro ó la enagena, é impone cualquiera gravámen ú obligacion, como prenda, hipoteca, servidumbre ó censo: en el segundo percibe todos los frutos ó utilidades, ya provengan de la misma cosa, ya por su ocasion. Hace suyo todo lo que produzca la cosa por sí sola, ó sea sin el trabajo é industria del hombre, á lo que se dá el nombre de *frutos naturales*: tambien

los *industriales*, que no ecsisten sin su trabajo, como generalmente sucede, y finalmente los *civiles*, que provienen de una obligacion legal y voluntaria, como arrendamiento, censo, derecho de patronato, &c.

736 La libertad de disponer y de gozar que constituye el dominio, está limitada por la ley, la cual arregla y garantiza este como todos los demas derechos, conciliándolo con los de los demas ciudadanos y con el de la sociedad, y evitando que aquella degenere en un abuso perjudicial; asi la ley sanciona, conforme con el derecho natural, que no sea en perjuicio de tercero; establece la prescripcion contra el abandono; y las leyes municipales marcan otras limitaciones en cada localidad, segun sus circunstancias, y en el uso de sus facultades. El testador y la convencion restringen en igual modo aquella libertad, marcando ciertas cargas y determinando algunos casos en que haya de disponerse ó usarse en esta ó aquella forma: á cuyas disposiciones debe someterse el que adquiere, siendo lícitas y honestas.

737 La ley garantizando el dominio sanciona como un principio constitucional, que ningun español pueda ser privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad comun, prévia la correspondiente indemnizacion. (Const., art. 10. Ley de 17 de julio de 1836.) (1).

SECCION II.

De los modos de adquirir el dominio.

738 Las leyes al determinar los modos de adquirir, unas veces no han hecho mas que aprobar los que el derecho natural y el de gentes ecsigen y prescriben; otras acomodándose á las circunstancias particulares de cada pueblo, han establecido los que en él deben considerarse como legítimos: de aquí la division de *modos naturales* y

---

(1) Esto mismo se hallaba ya dispuesto en nuestras hermosas leyes de las Partidas, como puede verse en la ley 2, tit. 1, Part. 2, y en la 31, tit. 18, Part. 3. «Cuando el Emperador (se dice en la ley 2) quisiese tomar heredamiento ó alguna otra cosa à algunos, para sí ó para darlo á otro, como quier que él sea Señor de todos los del imperio para ampararlos por fuerza é para mantenerlos en justicia, con todo eso, non puede él tomar à ninguno lo suyo sin su placer, si non ficiese tal cosa porque lo debiese perder segun ley. E si por aventura gelo oviese à tomar, porque el Emperador oviese menester de facer alguna cosa en ello que se tornase á pró comunal de la tierra, tenudo es por derecho de le dar ànte buen cambio que vala tanto ó mas, de guisa que el finque pagado á bien vista de omes buenos. Ca magüer los romanos, que antiguamente ganaron con su poder el señorío del mundo, ficiesen Emperador é le otorgasen todo el poder é el señorío que avian sobre las gentes, para mantener é defender derechamente el pró comunal de todos, con todo eso non fué su entendimiento de lo facer señor de las cosas de cada uno de manera que las pudiese tomar á su voluntad.»

En la 31 se lée «contra derecho natural seria é non valdria la carta del Emperador, Rey ú otro Señor, si diesen las cosas de un ome á otro non aviendo fecho cosa porque las debiese perder aquel cuyas eran. Fueras ende si el Rey las oviese menester por facer de ellas ó en ellas alguna labor ó alguna cosa que fuese á pró comunal del reino, asi como si fuese alguna heredad en que oviesen á facer castillo, ó torre, ó puente, ó alguna otra cosa semejante de estas, que tornase á pró ó á amparamiento de todos ó de algun lugar señaladamente. Pero esto deben facer en una de estas dos maneras: dàndole cambio primeramente, ó compràndogelo segun que valiere

civiles de adquirir, y la de *originarios* y *derivativos* que comunmente se hace.

739 Debe saberse por regla general, que los modos de adquirir pueden serlo simplemente ó sin intervencion de ninguna otra persona distinta del adquirente, como se verifica en la ocupacion y prescripcion; y pueden ser de adquirir y trasmitir en distintos conceptos, ó sea interviniendo dos ó mas personas, lo que tiene lugar en la sucesion, donacion y contratos. En toda adquisicion concurren ademas *título* y *modo*, ó lo que es lo mismo, la causa legítima en virtud de la cual se adquiere, y el acto material de la entrega. El uno no basta sin el otro: se esceptuan, porque no hay necesidad de tradicion, la hipoteca, las servidumbres negativas, las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios y la herencia. Un solo caso mencionan las leyes en que no bastan estas dos circunstancias, que suelen llamarse causa remota y prócsima de adquirir: esté es la compra y venta, en la que el comprador no se hace dueño si no paga el precio.

740 Admitiendo la division de modos naturales y civiles de adquirir, segun que proceden del derecho natural ó inmediatamente de la ley, y ocupándonos particularmente de los primeros, nos acomodaremos igualmente á la que se hace en originarios, segun que no interviene ninguna otra persona, como en la ocupacion y accesion, y en derivativos, segun que otro interviene, como en la tradicion, modo comun á todos los demas, y que puede decirse su complemento. Algunos autores, no sin razon, han considerado la accesion como una ampliacion y efecto del dominio.

SECCION III.

De la ocupacion.

741 El primer modo natural y originario de adquirir es la ocupacion, la cual, si pudiera suponerse al hombre (como algunos han querido y es lo que ha dado ocasion á esta clasificacion), independiente de los demas hombres, seria el medio único de adquirir lo que necesitase.

742 Por la ocupacion hacemos nuestras las cosas que jamás han tenido dueño, como las bestias salvages, las aves y los pescados del mar: las cosas muebles que á las veces los hombres desamparan ó arrojan con ánimo de que no sean suyas, y las adquiera el primer ocupante; y finalmente las halladas en sitios en que estaban ocultas, no pudiendo averiguarse á quien pertenecen. Es pues la ocupacion la *adquisicion de las cosas que no tienen dueño, ó que fueron abandonadas por él, ó que no se sabe á quien pertenecen, por medio de su aprehension, hecha con ánimo de hacerlas nuestras.*

Para que tenga lugar la ocupacion se requiere la aprehension de la cosa; ánimo de hacerla nuestra, el cual dificilmente podrá probarse que no ecsiste concurriendo las demas circunstancias; y por último, ha de tener las cualidades que quedan espresadas para que sea objeto de esta clase de adquisicion.

743 Las cosas que son objeto de la ocupacion han producido las

tres clases que de ella se distinguen ordinariamente, conocidas con los nombres de *caza y pesca*, *invencion ó hallazgo*, y *tesoro*. De cada una de ellas hablaremos en particular, dejando de hacerlo de la ocupacion bélica, que no es propia de este lugar.

744 La aprehension de los animales fieros y en algunos casos de los amansados, hecha con ánimo de hacerlos nuestros, constituye la caza y la pesca. (Leyes 17 y 19, tít. 28, Part. 3.)

745 Las leyes distinguen animales *fieros*, que vagan por el campo huyendo la compañía del hombre; *amansados*, que han sido domesticados, haciéndoles perder su primera costumbre; y por último *mansos*, que nacen en nuestras moradas y apetecen la compañía del hombre: fácil seria poner ejemplos de cada uno de ellos.

746 Cuando volviesen á su primer estado ó perdieren la costumbre de ir y volver, son los animales fieros y los amansados únicamente objeto de esta clase de ocupacion; mas no los mansos, cuyo dominio se conserva y transmite como en las demas cosas que constituyen nuestro patrimonio.

747 Por la aprehension se adquieren las bestias salvages, las aves, y los pescados del mar y del rio, ya se haga en heredad propia ó en la agena; si bien cuando alguna persona entrase á cazar en ésta prohibiéndolo el dueño que estuviese presente, pertenecerá á este todo lo que se caze, y solo corresponderá al cazador todo lo que hubiere aprehendido antes de dicha prohibicion. Es de tal modo necesaria la aprehension, que si siguiendo los cazadores á algun animal salvage herido, lo cogen otros, pertenece á estos, porque aun podrian acontecer muchos accidentes que impidieran á los cazadores aprehenderlo; y lo mismo sucede con el animal que cayó en lazo, cepo ú otro armadijo. (Ley 21, dicho tít. 28.) Sin embargo, la costumbre varía en algunos pueblos en este particular, y segun la ley 16, tít. 4, lib. 3.º del Fuero Real, ninguno debe coger las fieras mientras las persiga quien las hirió.

748 Entre los animales salvages se enumeran las abejas, que por su grande utilidad y naturaleza singular merecen particular mencion. Si algun enjambre se posare en un árbol, no puede el dueño de este tener á aquel por suyo hasta que lo encierre en colmena ú otra cosa: lo cual tiene tambien lugar en los panales que hicieren las abejas, que serán del aprehensor, á no ser que estando presente el dueño prohiba llevárselos. Pero el de las colmenas conservará el dominio de unos y de otros, á no ser que los enjambres volasen del colmenar á larga distancia, de modo que fuese imposible recogerlos y distinguir á quien pertenecen. (Ley 22, tít. 28, Part. 3.)

749 La prohibicion de cazar y pescar, y los requisitos necesarios para hacerlo son propios del derecho administrativo, no del civil; pero no será inútil advertir que el derecho de caza y pesca puede ser de dominio particular en determinado territorio, en cuyo caso nadie podrá hacerlo sin licencia ó autorizacion del dueño.

750 El señorío de los animales salvages se pierde con salir estos del poder de sus dueños, volviendo á su primer estado, y aun con huir y alejarse tanto que no se puedan ver, ó que aun cuando se vean, con dificultad podrian recuperarse; pero si fuesen mansos, aun cuando se vayan de nuestras casas por espanto y no vuelvan, se conserva aquel,

y comete hurto el que los toma con ánimo de apropiárselos. (Ley 16, tít. 28, Part. 3.)

751 *Invencion ó hallazgo.* Se dá este nombre á la adquisicion de las cosas muebles que á veces los hombres desamparan ó arrojan con ánimo de que no sean suyas, hecha mediante el ánimo y corporal aprehension, segun que lo hemos dicho de la ocupacion en general. (Ley 49, dicho tít. 28.) Lo propio sucede en los bienes raices siempre que se abandonen con dicha intencion; porque en otro caso no se pierde el dominio, aun cuando digan sus dueños que no quieren que sean suyos. Pero si alguno desamparase sus bienes por temor de naufragio, ó por miedo de enemigos ó ladrones, nadie puede adquirir su dominio, á causa de retenerlo su dueño con su voluntad. (Ley 49, tít. 28, Part. 3.) Esceptúase el tesoro de que vamos á tratar.

752 *Tesoro.* Llámase así á un depósito antiguo de dinero, alhajas ú otros efectos preciosos, de cuyo dueño no se puede tener noticia. Si se hallase en terreno propio, pertenece en un todo al inventor; si en casa ó heredad agena, labrando ó por alguna casualidad sin buscarlo, ha de dividirse por mitad entre el dueño de aquella y el que lo halló, al cual nada corresponderá del tesoro si lo buscó, y será todo del dueño de la casa ó heredad. Lo mismo se observa cuando esta fuese propiedad del Estado. (Ley 48, dicho tít. 28, y la de 10 de mayo de 1835.)

SECCION IV.

De la accesion.

753 *Accesion.* El segundo modo originario natural de adquirir es la accesion: ya indicamos el distinto concepto en que algunos la consideraban, si bien su efecto es siempre el mismo. Siendo los frutos como una consecuencia del dominio, y dejando de tratar de lo que comunmente se llama *fetura*, definiremos la accesion *adquisicion de los incrementos que suelen tener nuestras cosas, ó de lo que á ellas se une ó agrega.*

754 La accesion puede ser *industrial*, *natural* y *mista*, y tiene lugar lo mismo en las cosas muebles que en las raices. La primera procede de sola la naturaleza, y pertenecen á ella el aluvion, la fuerza manifiesta del rio, la isla, y la mutacion de álveo. La industrial procede de un hecho del hombre, y son: la conjuncion, especificacion, confusion y conmistion. La mista es aquella en que ambos agentes intervienen: comprende la plantacion, la siembra y la percepcion de frutos por el poseedor de buena fé, de que hablaremos particularmente en el título de la posesion.

755 *Aluvion es el incremento que insensiblemente da el rio á un fundo con lo que quita á otros.* Pertenece al dueño del fundo á que se agrega. (Ley 26, dicho título 28.) La justicia y equidad de esta adquisicion consiste en que puede considerarse como una indemnizacion de iguales pérdidas á que se halla espuesto el que se hace dueño, con tanta mas razon cuanto no puede determinarse lo que se ha agregado ó unido, y no se sabe de qué campo procede.

756 *Fuerza manifiesta del rio* se dice cuando el incremento de las

heredades procede de una avenida, que llevándose toda una heredad ó parte de ella la agrega á otra. En este caso el dueño del prédio á que se agrega no la adquiere, á no ser que estuviese allí tanto tiempo que arraigasen los árboles en el terreno á que se unieron; y en este caso tendrá que indemnizar al otro el menoscabo recibido, segun la valuacion de peritos. (Dicha ley 26.) La dificultad de segregar el terreno una vez unido ha sido lo que ha dado motivo á esta adquisicion; y la posibilidad de ser conocido el dueño de lo que se une, ha motivado las variaciones que se notan respecto del anterior modo. Cuando por *inundacion* ó avenida del rio una heredad se cubre enteramente de agua por muchos dias, solo pierde el dueño la posesion natural, volviendo á ella y al ejercicio de los demas derechos luego que quede seca. (Ley 32, tít. 28, Part. 3.)

757 *Isla.* Se llama asi á una porcion de terreno circundado de agua. Puede nacer en el mar ó en el rio: si se forma de nuevo en el mar, lo cual sucede pocas veces, corresponderá al primero que la pueble. Si la isla se forma en el cauce de un rio, bien por sequía ó por otro medio, será objeto de esta clase de adquisicion; escepto si se formase cuando por las avenidas sale el rio de madre, porque en este caso, solamente es aplicable lo que hemos dicho respecto de la inundacion.

La isla formada en medio del rio debe partirse entre los dueños de las heredades mas prócsimas de ambas riberas, adjudicàndose con esactitud á cada predio toda la parte de isla que estuviese mas cercana de él que de los demas: si toda se hallase á un lado del rio, deben en igual modo partirla los dueños de las heredades de aquella ribera. (Leyes 27, 28, y 29, tít. 28.) Esta clase de adquisicion está fundada en el mismo principio que la siguiente, en la parte que á ella dice relacion.

758 *Mutacion de álveo.* Cuando el rio abandona su antiguo cauce tomando otro nuevo, el terreno abandonado corresponde á los dueños de las heredades inmediatas, dividiéndose entre las de ambas riberas, y partiéndose en la misma proporcion que hemos dicho respecto de la isla. (Ley 31, tít. 28, Part. 3.) Los dueños del campo ocupado por el rio lo pierden, y se hace público. (Ley 32 id.)

La razon de esta adquisicion es la misma que hemos establecido hablando de la inundacion, pues que el cauce ocupado se pierde porque no es posible en él el ejercicio de los derechos del dominio, pero contra la voluntad de aquel á quien pertenecen. Nada mas justo, que el que se le reintegre en ellos cuando desaparezca aquella causa (1).

759 Para que cuanto hemos dicho de la adquisicion por esta y muy del álveo tenga lugar, deben ser los predios limítrofes de la isla mados arcifinios, ó que no tienen otros límites que los naturales, no los limitados y determinados, que están contenidos de dentro cierta medida ó estension.

(1) Algunos han querido que se distinga si hacía mucho tiempo que el rio ocupaba el antiguo cauce, ó no, queriendo que en este caso haya lugar á la adquisicion por parte de los prédios confinantes, y que en el primero se destine á indemnizar á los dueños del nuevo campo ocupado. El no haber siempre posibilidad por falta de contigüidad, y la pequeña utilidad de agregarlo à prédios distantes, es sin duda lo único que se opone á que pueda admitirse esta opinion, al parecer equitativa.

SECCION V.

De la accesion industrial en general.

760 La accesion que llamamos industrial, generalmente tiene lugar en las cosas muebles. Estableceremos los principios que es preciso tener en cuenta para determinar quién adquiere.

761 Las leyes en estos modos de adquirir no han hecho mas que seguir los preceptos del derecho natural, estableciendo algunos principios, que como emanados de la equidad natural habrán siempre de consultarse. La primera regla que debe tenerse presente es que lo *accesorio sigue á lo principal*, llamándose accesorio aquello que el hombre ordinariamente no destina á sus usos sino uniéndolo á otro objeto, y que puede considerarse como su adorno ó complemento. Si no pudiese decidirse por esta regla, como sucederá frecuentemente en las cosas de un mismo género y calidad, la mayor parte atraerá á la menor; y finalmente, en duda, lo mas precioso y de mas valor deberá reputarse como principal (1).

762 Debe tenerse presente ademas en toda accesion en que haya tenido parte el hombre, si éste ha procedido con buena ó mala fé. En el primer caso el adquirente tendrá obligacion de dar la estimacion de lo que pertenecia al otro, conforme con el principio de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de alguno: en el segundo nada se le abona, suponiéndose donacion, en castigo de su mala fé.

SECCION VI.

De la conjuncion.

763 La union ó conjuncion es *la adquisicion de una cosa agena por la union que de ella se hace con una nuestra.* Puede verificarse mas comunmente por inclusion, soldadura, tejido, pintura, escritura y edificacion, si bien en este último caso la accesion dice relacion á cosas raices. (Ley 35, tít. 28, Part. 3.) No nos parece necesario el poner ejemplos de cada uno de estos modos, asi como tampoco el hacer particular mencion de otros muchos en que pudiera tener lugar la doctrina que vamos á establecer.

764 Las reglas generales deberán decidir á quién pertenece lo que se ha unido, asi como la obligacion de indemnizar; solo se esceptúa la union hecha con soldadura, siendo de distinto metal, que pudiendo separarse permanecerá de sus primitivos dueños. (Ley 37, título citado.) En la pintura, por privilegio concedido á su escelencia, y por particular proteccion que le ha sido dispensada, cede el lienzo ó tabla á la pintura, habiendo buena fé: en otro caso se pierde. (Ley 36 dicho tít. 28.) La

---

(1) Mejor hubiera sido, para evitar dudas, que las leyes hubieran esclusivamente tenido en cuenta el mayor ó menor valor, el cual es mas fácil de determinar; evitando asi la escepcion ó privilegio à favor de la pintura, y la estravagancia de que un precioso manuscrito ceda á un insignificante papel. El daño ó perjuicio parece que seria menor, y mas fácil en su caso la indemnizacion.

equidad recomienda que en casos de igual naturaleza se aplique esta doctrina; la ley sin embargo no lo permite.

765 Las reglas especiales que se observan en la edificacion hacen que de ella nos ocupemos particularmente. La ley al establecerlas, al paso que no ha prescindido de las que son comunes á todo género de accesion, ha tenido presente los perjuicios que se seguirian de las demoliciones ó de arruinar los edificios construidos, y la dificultad aun en este caso de utilizar los mismos materiales.

766 Lo edificado siempre cede al suelo, que se considera como principal. (Ley 38, tít. 28, Part. 3.)

767 El que edifica con buena fé en suelo propio y con materiales agenos, está obligado á abonar el duplo valor de ellos al que fuere su dueño: la ley 28 citada estableció el abono duplicado, para evitar así que se hiciese uso de lo ageno afectando ignorar que lo era, al mismo tiempo que para indemnizar perjuicios difíciles de apreciar; en la práctica no obstante pocas veces se observa. Si edificó con mala fé, estará obligado á abonar los daños y perjuicios irrogados, bajo juramento del dueño, y prévia regulacion judicial. (Ley 16, tít. 2, Partida 3.)

768 Si el que edificó lo hizo en suelo ageno con materiales propios y tuvo buena fé, no siendo justo que nadie se enriquezca con perjuicio de otro, si posee el edificio, podrá retenerlo hasta que se indemnice del valor de los materiales y gastos de edificacion; y aun en el caso de que no posea, la equidad dicta que se le abonen. Si tuvo mala fé, pierde el edificio en castigo de ella.

SECCION VII.

De la especificacion, confusion y conmistion.

769 La formacion de una nueva especie con materia agena se dice *especificacion.* La nueva especie es lo que se trata de adquirir, ora por quien le dió la forma, ora por el dueño de la materia. La imposibilidad de determinar cuál de estas dos cosas era lo accesorio y cuál lo principal, ha hecho que se ecsamine si la especie formada puede ó no volver á su primitivo estado. En el primer caso pertenece al dueño de la materia y se considera adquisicion por accesion, abonando éste los gastos del trabajo y formacion, si tuvo buena fé. En el segundo caso la adquiere el que dió la forma, teniéndose como una cosa que no pertenece á nadie y es objeto de la ocupacion; pero abonando el valor de la materia, aun cuando tuviere buena fé. Si la tuvo mala, perderá la obra y el trabajo. (Ley 33, dicho tít. 28, Part. 3.)

770 Se dice *conmistion* á la reunion de dos cosas sólidas de diversos dueños, y *confusion* cuando son líquidas. La posibilidad de separarlas ó no deberá tenerse en cuenta, asi como en el caso de no haberla, si se verificó por voluntad de los dueños, ó por caso fortuito, ó por hecho de uno solo, con buena ó con mala fé. Pudiendo separarse, cada uno permanecerá dueño de lo que era suyo antes de la reunion, no siendo otra su voluntad. Pero no habiendo esta posibilidad, si por voluntad de ambos ó por caso fortuito se verificó la

union, la masa comun se dividirá á proporcion de la materia perteneciente á cada uno, segun su género, calidad, número, peso y valor. Si se hizo por uno sin la concurrencia del otro, en un todo se observa lo que queda dicho respecto de la especificacion. (Ley 34 título 28, Part. 3.)

SECCION VIII.

De la accesion mista.

771 Hemos referido á esta clase la siembra, la plantacion y la percepcion de frutos hecha por el poseedor de buena fé. De esta última no pudiera obtenerse cabal conocimiento sin saber perfectamente la naturaleza de la posesion y sus requisitos; y siendo por otra parte uno de los efectos de la prescripcion, trataremos de ella en la seccion correspondiente.

772 Segun las reglas que dejamos establecidas, lo que se planta y siembra se adquiere por el dueño de la heredad en que se hace: pero si las plantas son árboles y se hallan en los linderos de dos heredades, pertenecen al dueño del prédio en que tienen las raices, porque se presume que de allí reciben el nutrimento. (1) Si fué el dueño de la heredad el que plantó ó sembró semillas agenas y tuvo buena fé, debe pagar la estimacion de lo plantado ó sembrado; si mala, indemnizar ademas los daños y perjuicios. Cuando lo hiciere el que lo era de la planta ó semilla, lo perderá teniendo mala fé, y se le abonará si la tuvo buena. (Ley 43, tít. 28, Part. 3)

SECCION IX.

De la tradicion ó entrega.

773 Dos personas son necesarias para que haya tradicion: una que entregue y otra que reciba; de aquí es que se enumere entre los modos derivativos de adquirir. Es la causa prócsima de la adquisicion, y por regla general hemos dicho que concurre siempre. Sin ella el título solo produciria derecho personal ó á la cosa.

774 Puede considerarse la tradicion con relacion á las cosas muebles y á las raices, y á las corporales é incorporales, ó sea á los derechos, y en este último caso se dice *cuasi tradicion*, de la cual no hablamos en particular, por igual razon que no lo hicimos del cuasi dominio.

775 La tradicion en las cosas muebles es la traslacion de ellas de la mano ó poder de uno al de otro, ó sea su entrega material. En las inmuebles la constituye el acto de entrar en su posesion con intervencion de ciertos signos que lo demuestren. Puede definirse *un traspaso ó traslacion de alguna cosa con entrega de ella, que el dueño ó quien tie-*

---

(1) Por costumbre casi generalmente observada, el tronco es lo que se tiene en cuenta para saber á quien pertenece el árbol, y ciertamente que seria dificil hacerlo por las raices: á no determinarse por las ramas, como tambien han querido algunos.

ne derecho de enagenar hace en favor de otro por justa causa.

776 La entrega ó tradicion puede hacerse de mano á mano, por la entrada en la cosa, por la entrega de las llaves, por medio de cierto símbolo ó señal admitida entre ausentes, ó poniendo á la vista el objeto que se trasmite; y se les dá respectivamente los nombres de *tradicion natural y verdadera, fingida, breví manu y longa manu.*

777 La tradicion de una cosa puede hacerse por su dueño ó por otra persona de órden del mismo. No se transferirá el dominio si aquel no lo tiene, ó si no puede enagenarla por prohibírselo la ley ó impedírselo algun pacto anterior ú otro justo motivo. Debe intervenir justa causa, ó como se dice traslativa de dominio, y por consecuencia no tiene lugar en el arrendamiento, comodato y otros contratos semejantes.

SECCION X.

De la prescripcion.

778 Entre los modos de adquirir que deben su orígen á las leyes, se enumera la *prescripcion* que tambien se llama *usucapion*; y no solo se adquiere por ella el dominio, sino asimismo los demas derechos que pueden tenerse en las cosas y las acciones. Sus reglas generalmente son aplicables á cualquiera cosa que se trate de adquirir; pero aquí no nos ocuparemos en particular de la que se verifica en las acciones. Este género de adquisicion se motiva por un hecho propio, sin intervencion de un tercero; y de aquí que sea modo de adquirir solamente, como lo es la ocupacion, y no de trasmitir á la vez.

779 La prescripcion parece contraria al derecho natural y de gentes, segun el cual, el dominio solo se transfiere por la entrega que hace el propietario de una cosa de que puede disponer; y tambien á la equidad natural y á la garantía que las leyes dispensan á la propiedad, segun las cuales á nadie debe despojarse de sus bienes contra su voluntad y sin su noticia, ni uno enriquecerse con perjuicio de otro. Pero como sin la prescripcion sucederia muchas veces que un poseedor de buena fé fuese lanzado despues de un largo tiempo, y que aun aquel que hubiese adquirido del verdadero dueño, ó que se hubiese librado de una obligacion por un medio legítimo, llegando á perder su título fuese desposeido de nuevo, el bien público y aun la equidad ecsigen que se fije un término, pasado el cual no se inquiete á los poseedores. Asi que la prescripcion ha sido necesaria siempre para asegurar la propiedad, escitar á la mejora y produccion de los bienes, y poner término á los innumerables pleitos que podrian dimanar de tal incertidumbre, castigando al mismo tiempo el abandono y negligencia de aquellos que por largo tiempo ven á otros en el goce y posesion de sus bienes sin reclamarlos. Puede presumirse con razon hasta voluntad de perderlos, cederlos ó enagenarlos.

780 Se entiende por prescripcion, *la adquisicion de una cosa agena por efecto de su posesion continuada durante el tiempo y con las demas formalidades determinadas por la ley.* (Ley 19, tít. 29, Part. 3.) Los requisitos ó formalidades que para ello son necesarias y que particularmente debemos referir, son: *buena fé, justo título, posesion continuada,*

tiempo marcado por la ley, y que la cosa no sea viciosa ó que tenga capacidad de adquirirse

781 Consiste la buena fe, en que el poseedor crea que la persona de quien hubo la cosa era el verdadero dueño de ésta, ó que tenía facultad para enagenarla; la cual buena fé se supone, mientras no se pruebe lo contrario, que será difícil: y procediendo la adquisicion de un justo título, se presume que la tiene. Debe ecsistir al principio de adquirir la cosa ó sea al tiempo de la tradicion: solo se esceptúa la compra y venta, en que es necesaria al tiempo de perfeccionarse. (Ley 12, tít. 29, Part. 3.) (1).

782 Por justo título, ya lo hemos dicho, se entiende una causa propia y suficiente para adquirir el dominio y posesion, como la compra, donacion, permuta ú otra semejante; mas no el arrendamiento, depósito y otras. El título ha de ser real y verdadero, sin que baste la creencia de que lo es, porque esta no varía la naturaleza de las cosas; á no ser que del error no fuese culpable el poseedor, y sí un tercero. (Ley 12, tít. 29, Part. 3.)

783 Por esta razon no impediría la prescripcion la adquisicion hecha por medio de un mayordomo, administrador ó procurador, y por otro título distinto del que se le encargó; v. gr.: si se le encargase que comprase un caballo, y en lugar de hacerlo remitiese uno obtenido por un título injusto ó reprobado, el mandante prescribirá, sin que le perjudique el error. Lo mismo sucede respecto del legatario, y es el otro caso que mencionan las leyes, cuando aquel reciba el legado hecho á otro de su mismo nombre, ó que se hubiese revocado sin saberlo él. (Leyes 14 y 15.)

784 *Posesion continuada* quiere decir, que el que prescribe ha de retener en su poder la cosa que adquirió con los requisitos antes espresados, sin que ninguno se lo impida ó interrumpa. Dos son los modos de interrumpirla; *natural* y *civilmente*. Se verifica del primer modo, cuando el poseedor la pierde real y efectivamente, porque á la fuerza se le priva de ella, porque la abandona á favor de otro, ó de cualquiera modo la dejó desamparada en un tercero. Del segundo, cuando poniéndose litigio al poseedor y presentada la demanda, se hace en su virtud el emplazamiento: que es uno de los efectos que éste produce. No debe creerse sin embargo que toda interrupcion será bastante para impedir la prescripcion, sino aquella que se hiciese por el que tenia derecho á la cosa; porque nada seria mas injusto que el que un cualquiera á su antojo pusiese pleito, ó haciendo uso de la fuerza privase á otro de la posesion, é impidiese sus efectos. (Ley 29, tít 29, Part. 3.)

785 Para la prescripcion no es necesario que sea uno mismo el que posea la cosa por todo el tiempo señalado en las leyes, sino que puede continuar en dos ó mas personas. En este caso el tiempo que poseyó el

---

(1) Algunos han creido que la buena fé debe ecsistir siempre, apoyándose en el capítulo último *de prœscript.* de las Decretales de Gregorio IX. Creemos que esta disposicion canónica tendrá lugar tratándose de la legitimidad de la adquisicion, moralmente considerada ó en el foro interno; pero que la ley no puede sancionarla, porque á la dificultad de la prueba en contrario, se uniria el ser siempre resistida por el demasiado apego á los intereses: no pudiendo ecsigirse que se prescinda de él, cuando el que adquirió lo hizo por título oneroso, y no vé fácil su reintegro.

primero aprovechará al segundo, bien sea sucesor singular, bien universal ó heredero, si ambos tenian buena fé al tiempo de adquirirla. (Ley 16, tít. 29, Part. 3.) De modo que si aquel que empezó á prescribir una cosa muere, y la deja á sus herederos, la manda en testamento, la vende ó permuta, antes de cumplirse el tiempo necesario para ganarla, el nuevo poseedor, teniendo buena fé, podrá prescribir en el tiempo que le quedaba para ello á su antecesor. Pero si el primer poseedor tuviese mala fé, y la enagena á quien sabia que no era suya, no podrá prescribirla. En caso de que el segundo poseedor tuviese buena fé, desde que él la adquirió podrá correr el tiempo para prescribirla. Por empeñar la cosa que se estaba poseyendo no se pierde la prescripcion, y aprovechará el tiempo que se halló en poder del acreedor. (Ley citada.)

786 *Tiempo señalado por la ley.* Para prescribir uno alguna cosa mueble son necesarios tres años de posesion continuada, bien la posea por sí mismo, bien por medio de otra persona que la tenga en su nombre, como arrendatario ó usufructuario. En las inmuebles ó raices son necesarios diez años entre presentes ó veinte entre ausentes. Se dice presente, si su dueño se halla en la tierra ó provincia donde la cosa está situada, aun cuando no se halle en el mismo lugar: ausente, si reside fuera de ella. Cuando parte del tiempo estuviese presente y parte ausente, ó podrá duplicarse aquel en que se halló presente, para ver si se completan los veinte que son necesarios para prescribir entre ausentes, ó se dividirá el de la ausencia, y si unido al de presente resultan diez años, quedará prescrita: así que, si poseyese siete años estando presente y otros seis estando ausente, habráse cumplido el tiempo marcado por la ley. (Leyes 9, 18, 19 y 20, tít. 29, Part. 3.)

787 *Que la cosa sea capaz de prescribirse.* No lo son unas por su naturaleza, otras por privilegio que la ley les dispensa, y finalmente otras por vicio que las acompaña, mientras no se purgue ó desaparezca. Entre las de la primera clase enumera la ley 6 de dicho título las sagradas, religiosas y santas, el hombre libre, la jurisdiccion, los tributos ó rentas públicas, las plazas, calles, caminos, dehesas, y otras cosas de aprovechamiento comun. Son de la segunda las que pertenecen á menores de veinte y cinco años, las de los hijos de familia, y las dotales si son inestimadas, á no ser que siendo el marido un pródigo callase la muger. (Ley 8, dicho tít. 29.) De la tercera las forzadas ó robadas, mientras no vuelvan á poder de su dueño. (Ley 4, dicho título.)

788 Pueden considerarse como prescripciones estraordinarias la de treinta años, la de cuarenta, la de ciento y la de tiempo inmemorial. Son necesarios treinta años para prescribir: 1.º Las cosas raices, cuando el que las enagena no tiene derecho en ellas; á no ser que su dueño supiese la enagenacion y callase por diez ó veinte años, en cuyo caso bastaria el tiempo ordinario. (Ley 19.) 2.º Las adquiridas por cualquier modo, á no ser hurtadas ó robadas, que nunca las gana el mismo que las hurtó, el cual no podrá repetirlas de otro, á no ser cuando tambien se las hurtaron ó robaron. 3.º Las de los menores de 25 años mayores de 14, habiendo empezado la prescripcion contra los que antes de él poseyeron; teniendo la restitucion *in integrum* por el tiempo que contra ellos corrió. Si no tuviesen aquella edad, no habrá lugar á la prescripcion. (Leyes 21, dicho tit, y 9, tit. 19, Part. 6.)

789 Por cuarenta años se prescriben las cosas raices de alguna iglesia ó lugar religioso, y las patrimoniales de los pueblos. (Leyes 7 y 26, dicho tít. 29.) Por ciento las pertenecientes á la iglesia romana. (Dicha ley 26.)

790 Antiguamente, considerando como derechos particulares de los príncipes la jurisdiccion civil y criminal, y la esaccion é imposicion de contribuciones, causa de las enagenaciones y cesiones que frecuentemente de ellas se hicieron, se estableció tiempo inmemorial para prescribirlas; mas volvieron una y otra al punto donde habian partido, y en nuestros dias, segun la distinta forma de gobierno, no es admisible aquella doctrina.

791 Puede prescribir todo hombre que tenga razon, y no el loco ó demente, á no ser que empezase á hacerlo hallándose en su sano juicio; porque no puede haber buena fé donde no hay conocimiento. Tambien los que poseen en nombre de otro, como son el depositario, el arrendatario, el acreedor en la cosa dada en prenda, y aun los comuneros en los bienes que fuesen comunes y alguno poseyese como tales. (Ley 2.ª, tít. 29, Part. 3.ª)

792 No solo podemos prescribir para nosotros mismos, sino tambien el hijo para el padre; escepto en lo que constituye su peculio castrense y cuasi castrense (Ley 3, dicho tít.): los tutores y curadores, el apoderado y el administrador, en nombre de aquellos de cuyos bienes estan encargados. La mala fé del procurador no perjudica á su poderdante, á no ser participante de ella. (Ley 13, tít. 29, Part. 3.ª)

SECCION XI.

De la posesion.

793 La posesion da al que la tiene la consideracion de dueño, y derecho para llegar á serlo, hasta tanto que aparezca el que lo es. La ley no ha podido dejar de dispensar su proteccion y determinar los derechos que son propios á aquel que posee una cosa en la creencia de que es dueño, cuando ordinariamente se verá privado de lo que le costó su adquisicion. Pero asi como ésta es muy justa y merecida cuando él solo se presenta ú otro que tiene peor derecho, no sucederia lo mismo en presencia del dueño, ante el cual debe desaparecer toda consideracion.

794 No entraremos en el ecsámen de si la posesion es ó no derecho real. (1) Definirla, clasificarla, manifestar sus efectos, quien

(1) Heineccio siguiendo à otros célebres jurisconsultos, quiere que la posesion no sea derecho real, porque produce un derecho momentàneo, del que podemos ser privados contra nuestra voluntad presentándose el dueño, y porque no produce acciones reales. Otros, de no menor nota y casi en mayor número, quieren que lo sea, porque la posesion produce ventajas ó utilidades, no puede considerarse siempre como unida al dominio ni á los demas derechos, y no pudiendo referirse á la obligacion, aun cuando esta sea comunmente la causa de su adquisicion, debe considerarse como alguna cosa; y no siendo derecho personal, debe ser real, distinto de los que se enumeran comunmente; ademas de que la mayor ó menor duracion de un derecho no

puede adquirirla y cómo se pierde, debe ser el objeto que nos propongamos, colocándola en este lugar para mas perfecta inteligencia de lo que hemos dicho en la seccion anterior.

795 En dos sentidos puede tomarse la palabra posesion: primero, significando la material ocupacion de una cosa, ó sea *el ponimiento* (postura) *de pies, ó tenencía que el home ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo ó corporalmente*, en cuyo caso se dice natural: significacion impropia puramente gramatical, y segun la cual posee lo mismo el dueño que el arrendatario, el depositario y el ladron. Esta posesion es meramente de hecho, no de derecho. No nos ocupamos de ella, ni es la posesion que tan fecunda es en efectos civiles. (Ley 2, tít. 30, Part. 3.)

796 La verdadera posesion, la llamada civil, la que forma el objeto de este tratado, consiste *en la ocupacion ó tenencia derecha que el hombre ha en las cosas, en la creencia de que es señor de ellas* (Dicha ley 2.) Esta se conserva aun cuando no se ocupe materialmente la cosa en que se tiene, no dejándola con ánimo de abandonarla, sino porque no es posible estar siempre en ella.

797 Para que la posesion sea verdadera ó civil, se requieren la ocupacion y la creencia de ser uno dueño de la cosa que posee. La primera se constituye por el acto material de retener la cosa ó estar en ella corporalmente, bien por sí mismo, bien por medio de otro que tenga la misma representacion. La buena fé consiste en el convencimiento íntimo que tiene el poseedor de ser señor de la cosa, mediante haberla adquirido por un justo título; acerca de lo cual debe tenerse presente lo dicho en la seccion precedente.

798 Las ventajas de que goza el que posee, ó sean los derechos ó efectos que produce la posesion, y por los que se dice *bien aventurado el que posee*, son: que sea considerado como dueño, mientras no se presenta el que lo es: que poseyendo un año y un dia á vista y ciencia del que la demanda, puede eludirse el juicio sobre posesion. (Ley 3, tít. 8, lib. 11, Novísima Recopilacion): que en caso de duda se decide á su favor: que transcurriendo el tiempo que la ley marca, queda prescrita la cosa: y finalmente, que adquiere los frutos en los términos que diremos, cuya percepcion se enumeró entre las accesiones mistas. (Véase núm. 754.)

799 Ya dejamos esplicado en la seccion 1.ª, núm. 735, lo que se entiende por frutos y sus clases. El poseedor de buena fé hace suyos los frutos industriales que percibió antes de la contestacion á la demanda, si bien tendrá que restituir al dueño los estantes ó no consumidos, con la obligacion en éste de abonarle las impensas y gastos de produccion. (Ley 39, tít. 28, Part. 3.)

800 La ley ha considerado de buena fé al poseedor, mientras no aparece el dueño: y á la vez que premia aquella, premia tambien el trabajo y produccion, dando derecho para adquirir los frutos industriales,

---

varía su naturaleza, aun cuando se pierda contra la voluntad, como sucede con los animales domesticados. Sin embargo, consideramos esta cuestion como propia tan solo de las escuelas; y sobre que ningun resultado daria su resolucion para la práctica, es harto difícil decidirla, entre las varias opiniones de tan respetables jurisconsultos como la han controvertido.

aun cuando pocos frutos ecsistirán para los que no haya intervenido el trabajo ó cuidado del hombre. En los productos naturales será tenido á restituir el poseedor de buena fé en cuanto se lucró; y el de mala fé lo será en todo lo que percibió y aun en lo que pudo haber percibido: si bien la ley citada no está tan esplícita.

801 El poseedor de mala fé, si lo es por haber hurtado una cosa ó entrado en ella sin derecho, vencido que sea en juicio, ha de restituir los frutos, de cualquiera clase que sean: no solo los percibidos, sino los que pudo percibir. Pero si lo es por haberla comprado ú por otro título, sabiendo que quien se la enagenó no tenia derecho para hacerlo, solo debe abonar los primeros y no los segundos: escepto cuando la heredad se vendió por defraudar á los acreedores, no ignorándolo el comprador; cuando se enagenó por miedo ó fuerza; cuando alguno compra encubiertamente, contra la forma que debe observarse en las ventas judiciales; y finalmente, cuando se adquiere contraviniendo á las leyes, en cuyos casos será obligado del mismo modo que el ladron. (Ley 40, título 23, Part. 3.)

802 El principio de equidad de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, ha hecho que la ley imponga al dueño que reclama lo que otro posee, la obligacion de abonar las impensas ó gastos que éste hubiese hecho. Generalmente se dividen en *necesarios*, *útiles* y *voluntarios*: aquellos, indispensables para la conservacion de la cosa; estos, que aumentan su valor ó precio; y los últimos, de pura comodidad ó de lujo. Como que tanto al dueño como al poseedor de cualquiera clase interesa que la cosa no se deteriore ó destruya, aquel tendrá obligacion de abonar á este las impensas necesarias, pudiendo descontarlas de los frutos percibidos, y retener la cosa hasta su reintegro; (Ley 44, dicho tít. 28.) El mismo derecho tiene el poseedor de buena fé con relacion á las útiles; al paso que el de mala solo podrá sacar las mismas cosas en que consistan las mejoras hechas, cuando el dueño no quiere abonarlas. Este derecho compete al de buena fé en las voluntarias, al propio tiempo que las pierde el de mala. Esta doctrina no debe entenderse cuando el poseedor hizo una casa nueva, porque entonces se observará lo que hemos dicho particularmente en los números 765 y siguientes de la seccion 6.ª

803 La posesion se adquiere por los mismos medios que los demas derechos: 1.º Si estando la cosa á la vista de los contrayentes, dice el que la enagena que apodera al otro de ella: 2.º Si vendiendo géneros almacenados ó entrojados, se diesen las llaves de los almacenes ó graneros: 3.º Por la entrega de las escrituras: 4.º Si se enagena con la condicion de conservar el usufructo durante la vida; y 5.º en virtud de sentencia y adjudicacion judicial. (Leyes 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12, dicho título 28. Part. 3.)

804 Despues de haber adquirido uno la posesion de alguna cosa, se presume siempre que continúa en aquella mientras no abandone esta, téngala por sí mismo ó por medio de otro.

805 La posesion se pierde *natural* y *civilmente*. Del primer modo, cuando, por ejemplo, por la avenida del rio ó crecimiento del mar se cubre de agua alguna heredad, de suerte que ni el dueño ni el poseedor ni otro en su nombre pueden ocuparla (ley 32, tít. 28); cuando el poseedor

es arrojado ó privado por fuerza de la posesion (ley 17, tít. 30, Part. 3.ª): si en su ausencia ocupa alguno la cosa, y volviendo despues no le admite éste ó no le permite la entrada en ella; y finalmente cuando tiene noticia de que alguno se apoderó de ésta, y no quiere ir allá por temor de ser arrojado y maltratado. En todos estos casos conserva el dominio, y la podrá demandar.

806 En las cosas muebles se pierde su posesion naturalmente cuando caen en el mar ó en el rio, si bien halladas despues podrán demandarse: cuando se hurtan y pierden sin que puedan ser halladas; y finalmente, en los animales amansados y fieros, cuando recobrando su libertad, dejan de ser perseguidos. (La misma ley 14 y 18, dicho tít.)

807 Civilmente se interrumpe la posesion por la contestacion de la demanda, desde cuyo tiempo se presume mala fé, á no ser que recaiga sentencia favorable al poseedor.

808 Cuando el que posee en nombre de otro, como el arrendatario, es lanzado de la posesion, se pierde esta; pero si la desampara maliciosamente con el fin de que otro se apodere de ella, lejos de perjudicar al dueño en su posesion, tendrá que indemnizarle de este engaño.

TITULO III.

De las servidumbres.

809 La servidumbre es real ó personal. (Ley 1, tit. 31, Partida 3.) (1).

810 *Servidumbre real* es el derecho que uno tiene en los edificios ó heredades agenas para servirse de ellas en beneficio de las suyas. (La misma ley.)

811 *Personal* es el mismo derecho en beneficio de una persona, y no señaladamente de su heredad. (La misma ley 1 y la 20.)

SECCION I.

De la servidumbre real.

812 La servidumbre real es rústica ó urbana. (Leyes 1 y 2, título 31, Part. 3.)

813 *Rústica* es la que tiene una heredad en otra; *urbana*, la que tiene una casa en otra casa, ó un edificio en otro (2). (Las mismas leyes.)

---

(1) En el Febrero reformado se define la servidumbre en general «un derecho en cosa agena mediante el cual por la utilidad de quien lo tiene, se halla obligado el dueño à no hacer ó á permitir que se haga algo en ella» y se añade que puede llamarse activa en la persona que tiene derecho de usarla en la heredad de otro, y pasiva respecto de esta y de este que la deben. No podemos negar la esactitud de aquella definicion, que es la dada por Heineccio conforme al Derecho Romano: pero tanto sobre ella como sobre la aqui puesta observamos, que la palabra servidumbre envuelve un concepto pasivo, al paso que la de derecho lo envuelve activo; y habria por lo tanto mas propiedad definiendo la servidumbre» carga impuesta en finca propia para utilidad de la agena ó de un tercero».

(2) «Urbanas son las que se deben à las casas ó edificios destinados á la habitacion, y rústicas las que se deben à las fincas destinadas à la agricultura» se dice en el Febrero reformado; pero en la ley 4 que cita no se lee tal cosa. Tanto esta como otras hablan indistintamente de casas y edificios, haciéndolos sinónimos, sin consideracion al lugar en que estàn sitos ni al uso de su destino; con todo, nuestros intérpretes dan aqui por sentado lo que aun por Derecho Romano era dudoso, á saber: que son urbanos los edificios destinados para la habitacion, y rústicos los que sirven para usos rurales, como para guardar los frutos; de consiguiente llaman urbanas las servidumbres debidas á los primeros, y rústicas las debidas á los segundos. Si se atiende á la diferencia que hay entre unas y otras en cuanto à perderse por el no uso, se echarà de ver la necesidad de fijar este punto. Nosotros no dejariamos de tener por urbanas las servidumbres marcadas en la ley 2. (núm. 819) y de aplicarles en cuanto à su pérdida por el no uso la disposicion de la ley 16, aunque mediasen entre edificios que segun la diferencia mencionada son llamados rústicos por los intérpretes. Advertimos sin embargo que el acueducto para el molino, à pesar de ser este un edificio, se cuenta entre las servidumbres rústicas. (Ley 4.)

814 Es tambien *contínua* ó *discontínua* (Ley 15.)

815 Contínua es la que hace servicio cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe, como la de acueducto, vistas, luces y otras.

816 Discontínua la que no se usa cada dia sino á las veces y con hecho del que la recibe, como la de senda, carrera, via y otras semejantes (1). (La misma ley 15.)

817 Divídese tambien en *afirmativa* y *negativa*: llámase afirmativa aquella por la que el dueño tiene que sufrir ó permitir alguna cosa en su finca; y negativa, por la que se priva de hacer en ella lo que de otro modo podria hacer (2).

818 Finalmente; por su orígen y modo de constituirse se divide en *legal* ó *necesaría* y en *convencional*; legal es la que se establece por derecho natural ó civil; convencional la que se establece por pactos ú otros hechos de los particulares (3).

SECCION II.

De las servidumbres urbanas.

819 Corresponden á esta clase la de haber de recibir una casa las aguas del tejado de la otra: la de no poderse alzar mas, á fin de que no quite la vista ó luz ó descubra otra casa; la ha de haber de sufrir la carga de la otra, poniendo en ella pilar ó columna sobre que el vecino afiance una viga para hacer alguna obra; la de que el vecino horade nuestra pared, para poner en ella vigas, ó para abrir ventanas; la de darle entrada á su corral ó casa por los nuestros, y otras semejantes que sean en provecho de los edificios. (Ley 2, tít. 31, Part. 3 (4).

(núm. 821.) Las leyes 4 y 2 suponen dos edificios ó dos heredades, porque es lo que ordinariamente sucede. Si aconteciere que un fundo sea edificio y otro heredad, ó al contrario, se habrá de clasificar la servidumbre por la finca ó fundo á que se debe: aunque dificultamos mucho que si una casa, por ejemplo, debiese á una heredad la servidumbre de no alzar mas, ó ésta la servidumbre de acueducto à aquella, dejáran de tenerse la primera por urbana y la segunda por rústica, en cuanto á la pérdida por el no uso.

(1) Para que la servidumbre sea contínua basta que su uso pueda ser tal, sin hecho actual del que se sirve de ella.

(2) La primera de estas admite la cuasi-tradicion ó entrega, que consiste en el uso de uno y paciencia del otro; la segunda no, y por lo mismo, aun cuando se constituya en contrato, produce desde luego accion real. La primera, como que se anuncia por obras esteriores, suele llamarse por otros *aparente*, y la segunda que no tiene signo alguno esterior de su ecsistencia, se llama no *aparente*, por ejemplo, la de no edificar en un solar, ó de no alzar mas lo edificado.

(3) Hay servidumbres que se derivan de la situacion natural de las heredades, como la señalada en la ley 14, tit. 32, Part. 3; otras deben su origen à la ley por alguna consideracion de ornato ó utilidad pública, y aun de utilidad privada: las ordenanzas de policía, caminos, riego y fortificacion están llenas de esta clase de servidumbres, y tales son tambien las del citado tit. 32, cuyo orígen y objeto se echa de ver á primera vista.

(4) La materia de servidumbres urbanas se gobierna hoy dia por las ordenanzas, que es preciso consultar en los casos que ocurran. En cuanto á la servidumbre de haber de sufrir nuestra casa la carga de la del vecino, ni en el Derecho Romano ni en el nuestro está clara la obligacion de reparar la pared, si no se pactó espresamente.

SECCION III.

De las servidumbres rústicas.

820 Son de esta especie las siguientes y otras parecidas:

Las de senda, carrera y via por la heredad agena á la propia. (Ley 3, tít. 31, Part. 3.) (1).

Quien tiene senda, puede ir á pié ó á caballo, solo ó con otros, pero no á la par sino uno en pos de otro, y sin poder llevar carretas ó bestias cargadas á mano.

La servidumbre de carrera comprende la de senda y ademas el derecho de traer carretas por ella.

La de via comprende las dos anteriores, y el derecho de llevar arrastrando madera ó piedras y cuantas cosas fueren necesarias para la heredad á que se debe.

Ha de usarse de estas servidumbres por el lugar señalado al tiempo de su constitucion ú otorgamiento.

La servidumbre de via tendrá la anchura determinada cuando fué constituida: si no se determinó entonces, será su anchura de ocho pies cuando vaya recta, y de diez y seis cuando tuerza, para que puedan dar vuelta las carretas. (Dicha ley. 3.) (2).

821 Es tambien servidumbre rústica el derecho de conducir el agua por heredades agenas, para el riego de las nuestras, ó para el uso de nuestros molinos. (Ley 4 del mismo tít.) (3).

822 El dueño de esta servidumbre debe guardar y mantener el cauce, acequia ó caño por dó corriese el agua; pero no puede agravarla, ni hacer labor nueva de que reciba daño la heredad sirviente. (La misma ley.) No puede pues ensanchar, alzar ni bajar el cauce, antes bien ha de conservarlo con estacadas, y no metiendo cantos que perjudiquen á dicha heredad. Si el agua fuere en menor cantidad de la necesaria para dichos usos, débela traer por arcaduces ó caños subterráneos, (la misma ley), de modo que se aproveche del agua sin detrimento de la heredad por donde pase.

El dueño de la fuente en que alguno tiene el derecho de tomar agua para el riego de su heredad, no puede sin el consentimiento de éste

---

(1) Si para llegar à mi heredad desde el camino es necesario atravesar por la agena, se me debe la servidumbre por donde sea menos gravosa al dueño de la segunda, y prévia indemnizacion. El fuero de Navarra, lib. 3, tít. 11, cap. 4, tiene algo de ingenioso en este punto; pues segun él «cuando no hubiese camino sabido para una heredad y los vecinos no lo quisieren dar, el dueño estando en su misma pieza o heredad, dará voces llamando gente, y por donde pasare el primer hombre que acudiere, se le dará el camino.»

(2) El uso de toda servidumbre establecida por el hombre pende del título constitutivo de ella; la ley solo habla cuando aquel calla. Sin embargo, puede establecerse por regla general, que asi como el dueño de la finca dominante no puede hacer en ella ni en la sirviente cosa alguna que agrave la servidumbre, tampoco el dueño de la sirviente puede hacer cosa que la disminuya.

(3) No debe confundirse la servidumbre de tomar agua de otro para moler ó regar, con la de conducirla por heredad de un tercero para dichos usos.

conceder el mismo derecho á otro, á menos de ser tanta el agua que baste para las dos heredades. (Ley 7.)

823 Es servidumbre rústica el derecho que el dueño de una heredad tiene de beber en fuente, pozo ó estanque agenos, para sí, sus labradores, bestias y ganados (1).

Esta servidumbre lleva consigo el derecho de paso por la heredad en que está el agua, siempre que fuese necesario para el uso de aquella, (ley 6): porque toda servidumbre lleva consigo el derecho de hacer lo que sea necesario para su uso.

824 Lo es tambien el derecho perpétuo de apacentar en prado ó dehesa agena los bueyes ó bestias con que se labra una heredad. (Ley 6.)

825 Y el de sacar para siempre de heredad agena tierra, piedra, cal, arena ó cosas parecidas, para hacer tinajas ó casas donde encerrar ó guardar los frutos de una heredad. (Ley 7.)

826 El dueño de estas servidumbres no puede aprovecharse de ellas, sino en lo necesario para los frutos de la heredad en cuyo beneficio fueron constituidas. (Dicha ley 7.)

SECCION IV.

Disposiciones comunes á todas las servidumbres reales.

827 Las servidumbres reales pasan activa y pasivamente con las respectivas fincas.

Esceptúase el caso en que se hubiesen constituido para determinado tiempo, ó por la vida de persona señalada. (Ley 8, tít. 31, Partida 3.) (2)

828 No pueden ser enagenadas solas y sin la finca á que se deben, á menos que consienta en ello el dueño de la finca gravada. (Ley 12).

829 Sin embargo, en la servidumbre de riego puede el dueño de ella otorgar á otro el agua que tuviese ya en su heredad (Dicha ley 12).

830 Son ademas indivisibles. (Ley 9 del mismo tít. 31, Part. 3.) (3).

831 De aquí es, que si muchos heredan la finca gravada, puede pedirse la servidumbre por entero á todos; y heredando muchos la finca dominante, puede tambien pedirla cada uno de ellos por entero. (Dicha ley 9.)

832 Las servidumbres no pueden ecsistir en finca propia, porque el dueño usa de ella como de cosa suya, á virtud del dominio. (Ley 13.)

833 Ni imponerse en cosas sagradas, santas ó religiosas, ni en las de uso ó pró comunal de algun pueblo, como plazas, mercados, ejidos y otras cosas semejantes. (La misma ley 13).

---

(1) Se entienden los empleados en la labor de la heredad, si es constituido en consideracion y provecho de la misma, pues de otro modo seria un simple derecho personal.

(2) En este caso la servidumbre parece personal, porque lo son todas las reales cuando se conceden á la persona.

(3) Como que son incorporales.

834 Puede imponerlas el que sea dueño de la finca; si esta fuere de muchos, es necesario que todos consientan. (Ley 10).

835 No interviniendo el consentimiento de todos, el que una vez lo dió no puede ya hacer contradiccion, pero podrá hacerla el que no lo haya consentido ni aprobado. (Dicha ley 10.)

836 Pueden tambien imponerlas el feudatario y enfiteuta en la cosa feudal ó enfitéutica, así como adquirirla á favor de esta en la finca agena. (Ley 11.)

837 Y tambien el comprador en la cosa que compra, aunque no haya ganado todavía el señorío y posesion de ella. (Dicha ley 11.)

838 No hay servidumbre alguna en cuya virtud esté obligado el dueño del feudo que sirve á hacer en él alguna cosa.

(Esto se lee en Febrero, lo cual era un acsioma legal entre los romanos, y pasa como tal entre los jurisconsultos. Nosotros lo encontramos muy conforme á la definicion y naturaleza de las servidumbres, ora se atienda aquel derecho, ora el nuestro. Pero, si todos convienen en que por derecho romano en la servidumbre urbana *oneris ferendi*, por la que la casa agena descansa sobre nuestra pared ó pilar, puede ponerse el pacto de que la reparacion de la pared ó pilar haya de ser tambien á nuestra costa; si los mas afirman que por la naturaleza misma de esta servidumbre, y sin necesidad de pacto especial, incumbe la tal obligacion al dueño de la casa gravada; si nuestros intérpretes sostienen lo mismo respecto de nuestro derecho pátrio, no alcanzamos por qué no puedan estenderse la misma opinion y doctrina á otras servidumbres, siempre que medie pacto especial. Dícese, que en la mencionada servidumbre lo que sirve ó está gravado es la casa, no la persona, y que de consiguiente el dueño se liberta de la carga de reparacion con abandonar la casa: pero ¿no podria decirse esto mismo de todas las otras servidumbres? Ademas: el que la servidumbre pueda estenderse hasta tener que hacer algo el dueño del prédio sirviente, se prueba por las servidumbres legales de limpia de acequias de riego, la de medianería, de reparar los edificios y construir en los solares.)

SECCION V.

Como se adquieren.

839 Las servidumbres se adquieren por contrato entre vivos, por última voluntad, y por prescripcion. (Ley 14, tít. 31, Part. 3.)

Y por el juez en los juicios posesorios; y ademas las legales se constituyen por la ley sola.

840 Las servidumbres contínuas se adquieren usando de ellas por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, con buena fé, no por fuerza, ni por ruego hecho al dueño de la finca, y no contradiciéndolo éste. (Ley 15.)

(Esta ley supone ciencia del dueño, porque habla del caso en que no hay mas título que el uso de uno y la paciencia del otro; pero si hubiere título, no es necesaria la tal ciencia, como no lo es para la prescripcion del dominio, mucho mas importante que la servidumbre.

En las servidumbres afirmativas el tiempo correrá desde que se principió á usar de ellas; y en las negativas desde que se prohibe á otro hacer algo en su prédio.)

841 Las discontinuas no se prescriben sino por el uso de tiempo inmemorial. (Dicha ley 15).

SECCION VI.

Cómo se acaban ó estinguen.

842 Estínguense la servidumbres quitándolas ó remitiéndolas el señor de la finca á la que se deben, si fuere toda suya. (Ley 17, título 31, Part. 3.)

(Tambien se estinguen cuando fueron constituidas hasta dia cierto, ó en favor de persona determinada, si esta muere ó llega el dia; y por haber espirado el derecho temporal y revocable del que las constituyó. En el caso de ser tal el estado de los prédios, que no permita hacer uso de la servidumbre, cesa ésta; pero revivirá, vueltos aquellos á su primer estado, á no ser que haya tenido lugar la prescripcion.)

843 Siendo la finca de muchos, es necesario el otorgamiento de todos. (Dicha ley 17).

844 Entiéndese remitida la servidumbre por el hecho de autorizar al dueño de la finca gravada para hacer lo que le estaba prohibido hacer á virtud de aquella; por ejemplo, si se le permite alzar mas su casa, siendo la servidumbre de no alzarla. (Ley 19).

845 Se estinguen cuando la finca gravada y aquella á que es debida la servidumbre, llegan á reunirse en un mismo dueño. (Ley 17.)

846 Llegado este caso, aunque se enagene despues una de las fincas, no revive la servidumbre si no se constituye de nuevo. (Dicha ley 17.)

847 Piérdense tambien las servidumbres por el no uso de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes, si fueren urbanas. (Ley 16.)

(En cuanto á ganar ó prescribir las servidumbres por el uso, la ley 15 solo atiende á si son contínuas ó discontínuas, sin la diferencia de urbanas y rústicas que se hace aquí: mas sencillez y consecuencia habria en disponer lo mismo sobre su pérdida por el no uso. Como las contínuas hacen servicio sin obra del que las recibe, el no uso deberia contarse desde que se hizo algun acto contrario á ellas, ó desde que se embargó su uso; y en las discontínuas, que requieren hecho del que se sirve de ellas, correría el tiempo simplemente desde que este dejó de servirse. La servidumbre de acueducto, por ejemplo, es contínua y rústica; si pues yo con buena fé embargo su uso cerrando los cauces, levantando pared, ó destruyendo la obra que servia para su uso, ¿por qué no se habrá de decir lo mismo que si quitase la viga, ó cerrase la ventana en las urbanas de esta especie? No se descubre en que razon sólida pueda fundarse esta diferencia.)

848 Los diez ó veinte años empiezan á correr en este caso desde que el señor de la finca gravada impide con buena fé el uso de la ser-

vidumbre, como tirando de su pared la viga, ó cerrando la ventana abierta en ella. (La misma ley 16.)

849 Las servidumbres rústicas se pierden por el no uso de veinte años tanto entre presentes como entre ausentes, si fueren discontínuas. (La misma ley 16.)

850 Siendo contínuas no se pierden sino por el desuso de tiempo inmemorial. (La misma ley 16.)

(Parecia sin embargo mas natural que debiera ser mayor el tiempo en las discontínuas para perderse por el no uso, asi como lo es para ganarlas ó prescribirlas por el uso, pues que, segun se dice en las escuelas, *contrariorum eadem est ratio.* Y ciertamente es mas significativo y culpable el descuido en no hacer uso de lo que se usa todos los dias, que no el de aquello que solo se usa á veces y con interrupcion.)

851 Si la finca á que se debe la servidumbre fuere comun, el uso de uno de los comuneros aprovecha á los demas, é impide la prescripcion. (Ley 18.)

852 Una vez partida la casa ó heredad comun entre los dueños, perderá la servidumbre el que no use de ella por el tiempo mencionado, aunque el otro continúe usándola en su parte respectiva, porque este no es su procurador, ni usa ya de ella á nombre del que antes fue su compañero; y desde la division de la cosa comun, la servidumbre que antes era una, se convierte en dos. (Dicha ley 18.)

FORMULARIO.

Accion confesoria.=Demanda de servidumbre de una heredad.

853 F. en nombre de N., vecino de esta corte, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á B., de este mismo vecindario, y digo: que perteneciendo á mi poderdante como dueño de tal heredad, la servidumbre de pasar por otra del mencionado B. para labrar, segar y beneficiar sus frutos, le ha impedido éste sin título ni causa alguna usar y gozar de aquella, causándole gravísimos perjuicios; y para que en lo sucesivo no se le perturbe en la pacífica posesion que hasta aqui ha tenido y debe tener:

A V. suplico que habiendo por presentado el poder, se sirva declarar que dicha heredad de B. debe servidumbre á la de mi poderdante, condenándole en consecuencia á que no le inquiete en la cuasi posesion en que se halla de aquella, á que le reintegre de los frutos, daños é intereses correspondientes, y á que dé la competente caucion y fianza de que ni ahora ni en ningun tiempo, él, sus herederos y sucesores, ó los que tengan por ellos la espresada heredad, inquietarán á mi poderdante ni á los suyos en el uso de dicha servidumbre, bajo la multa que fuese del agrado de V. imponerles para su cumplimiento. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Accion negatoria.=Demanda de libertad de servidumbre.

854 F. en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á T., de esta misma vecindad, y digo: que hallándose mi poderdante en la quieta y pacífica posesion de una casa, sita en tal calle, que linda, &c. y está libre de toda servidumbre, T. hizo atravesar una viga en tal pared, para asegurar su casa, ocasionando con este hecho mucho perjuicio á mi poderdante. Por tanto para su remedio:

A V. suplico que habiendo por presentado el poder, se sirva declarar que dicha casa no debe ninguna servidumbre; mandando en su consecuencia que se quite de la pared la viga introducida á costa de T., dando éste caucion por sí y sus sucesores de que ni ahora ni en ningun tiempo harán igual novedad contra mi poderdante y los suyos, y de que contraviniendo les satisfarán los perjuicios ocasionados. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

TITULO IV.

De las servidumbres personales.

855 Tres son las servidumbres personales: usufructo, uso y habitacion. (Leyes 20 y 27, tít. 31, Part. 3.)

SECCION I.

Del usufructo; qué sea y sus especies.

856 (La doctrina legal del usufructo, como se halla en el tít. 31, Part. 3, podria encerrarse en media cuartilla de papel clara y ordenadamente. El Febrero la trata con cierta especie de lujo de erudicion legal, pero al mismo tiempo de grande utilidad en la práctica; y le seguimos, haciendo algunas mejoras en el órden. Lástima es por cierto que una materia de tan frecuente uso como la de esta seccion no haya sido tratada por nuestros legisladores con mas espresion y detenimiento: algunos rasgos suyos nos habrian escusado el fastidioso y eterno disputar de los comentadores. Ninguna mencion se hace en el título 31 del cuasi usufructo de las cosas fungibles, ó que se consumen del todo por el uso, ni de lo que deba restituirse en las cosas que se deterioran y consumen poco á poco por él, como vestidos, ropas, muebles, ó cuando son animales improductivos. La obligacion del usufructuario, en cuanto al reparo de los edificios, es sobremanera vaga, y deberia decirse algo del ejercicio de sus derechos en los bosques, canteras, &c. No se dice si han de partirse los frutos pendientes ó si han de sacarse las espensas, ni se impone espresamente la obligacion de hacer inventario. En cuanto á la de afianzar, no se advierte si podrá remitirse, y si deberá nombrarse un secuestrador ó contentarse con la caucion juratoria cuando el usufructuario no encuentre fianza real. No se esceptúa de esta obligacion de afianzar al padre en el usufructo legal de los bienes adventicios ni al donador que se reservó el de la cosa donada; y sin embargo no afianzan, ni el donador, porque no debe serle gravosa su liberalidad, ni el padre, porque su amor y ternura son la mejor fianza. Téngase presente todo esto para no recibir en esta materia como disposicion de nuestras leyes pátrias lo que frecuentemente no pasa de una opinion mas ó menos fundada.)

857 *Usufructo* es el derecho de usar y de gozar de las cosas agenas sin perjuicio de su propiedad y sustancia.

858 El usufructo ó procede de la ley, como el del padre en los bienes adventicios del hijo que está bajo la pátria potestad, y el del

cónyuge en lo que hubo del otro y que debe reservar cuando pasase á segundo matrimonio; ó de contrato, ó de última voluntad. (Leyes 15, tít. 17, Part. 5; 7, tít. 14, lib. 10 de la Novís. Recop.; y 20, tít. 31, Part. 3.) (1).

SECCION II.

Cómo y en qué cosas puede constituirse.

859 Puede constituirse el usufructo por toda la vida de uno, ó á dia cierto.

En todas las cosas que pueden dar algun fruto ó utilidad; ora sean raices, ora muebles que no se consuman por el uso, aunque se deterioren ó envejezcan como trastos de casa, ropas, alhajas de plata y oro, &c.

860 Puede tambien constituirse el usufructo en las cosas que se consumen por el uso, y se llaman *fungibles*, por ser de tal naturaleza que unas hacen las veces de otras, de manera que parece devolverse la misma cosa que se recibió entregando otro tanto del mismo género y de tan buena calidad, por ejemplo, aceite, vino, trigo y demas semillas. Pero como necesaria y cotidianamente se han de consumir, y de otro modo no puede aprovecharlas el usufructuario, este uso ó aprovechamiento se llama, aunque impropiamente, usufructo.

861 Finalmente: puede constituirse en las cosas que se mueven por sí mismas, como bueyes, vacas, ovejas, machos, yeguas, y otros ganados.

SECCION III.

Derechos del usufructuario.

862 Pertenecen al usufructuario los frutos naturales y civiles de los bienes cuyo usufructo se le deja, y como dueño puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbitrio. (Leyes 20 y 24, tit. 31, Part. 3.)

863 Por tanto, de las tierras y viñas, olivos, huertas, censos, juros y demas bienes conceptuados por raices, le tocan los que producen; y de las casas, molinos y edificios, sus alquileres, aunque rebajado el coste de los reparos necesarios para su conservacion temporal.

864 Pero no está obligado el usufructuario convencional á hacer los reparos mayores que conciernen á la utilidad perpétua de la finca (2);

---

(1) Febrero siguiendo á los intérpretes, habia dividido tambien el usufructo en *causal* y *formal*. Su juicioso reformador suprimió esta division, que segun Vinnio no lo es verdadera y genuina del género en sus especies, sino mas bien una distincion del nombre en sus significados, pues el usufructo causal, como que compete por razon del dominio, no es propiamente usufructo; en el derecho casi siempre y mayormente tratándose de servidumbres no se entiende por la palabra usufructo sino el formal ó que tenemos en cosa agena. Algunos sin embargo defienden esta division como útil, y puede verse al Voet en este título núm. 5.

(2) Ni tampoco el usufructuario testamentario; y aun del legal puede haber sus dudas: téngase presente que en casi todo este título tanto como escasean las leyes, abundan las opiniones de Gomez, Gutierrez, Castillo y otros á quienes sigue Febrero.

por tocar estos al propietario; y de consiguiente, si hiciere en ellos espensas grandes, puede repetirlas de éste como hechas en su nombre, ó como procurador suyo; y lo propio milita en las hechas judicialmente, para defender ó revindicar los bienes; pero el usufructuario legal, como el padre que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, está obligado á hacerlas.

865 Aunque pertenecen al usufructuario todos los frutos de los bienes que usufructúa, no le toca el aumento de los mismos bienes sino en cuanto al usufructo; pues que el tal aumento sigue á la finca á que se agrega, y pertenece con ella al propietario: si el aumento está separado de la finca, ni aun el usufructo de él corresponderá al usufructuario de la segunda, pues no se lo dejó el testador, por no ser suyo cuando murió.

866 De los bienes semovientes y productivos, como vacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas, &c. debe percibir tambien el usufructuario no solo la leche, manteca, lana, miel y cera que producen, sino tambien las crías: pero en caso de fallecer ó inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, tiene obligacion de reemplazar de los mismos hijos otras tantas como las muertas ó inutilizadas; lo cual procede asímismo en los peces de los estanques, y así podrá pescar y matar algunos. (Gutier. de *Tut*, part. 3, cap. 27, núm. 15 al 28.)

867 La obligacion espuesta en el número anterior ha de entenderse cuando se deja genéricamente el usufructo de algun rebaño, porque siendo tan solo de algunas cabezas ó animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni de suplir las que se mueran, mediante á que con su muerte se estingue su usufructo. (Castillo, de *Usufruct.* cap. 27, núms. 11 al 15.)

868 Lo mismo ha de observarse cuando no son animales productivos, como bueyes, caballos, machos, carneros; bien que si han perecido por su culpa, deberá indemnizar al propietario.

869 Igualmente puede disponer y usar á su arbitrio de los bienes que se consumen con el propio uso, esto es, que no se pueden conservar mas de tres años, y consisten en número, peso ó medida, como aceite, miel, vino, trigo y demas semillas, en los que segun queda espuesto, solo cabe cuasi usufructo ó usufructo impropio.

870 Cuando el testador deja á muchos el usufructo de sus bienes, lo gozarán todos con igualdad, ó segun la parte que les señale, dividiéndolo entre sí, ó arrendándolo y partiendo el producto del arrendamiento.

871 Pero si lo deja á muchos alternativamente por años, será preferido el que esté nombrado antes, y deberá gozarlo primero que el segundo, y así los demas por su órden; y si alguno de estos fallece antes que le toque entrar en el goce, no tendrán derecho alguno á él sus herederos, porque su anticipada muerte le impidió adquirirlo.

872 Cuando se lega simplemente ó sin condicion á un sugeto la propiedad de un fundo y á otro el usufructo de él, llevará el propietario no solo la propiedad íntegra sino tambien la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de éste; de modo que ambos concurrirán igualmente á su percibo, no mandando el testador ó no constando lo

contrario. (Leyes 19 y 33, Dig., de' *Usu et Usufruct. legat.* (1).

873 La razon de esto es, porque el fundo consiste en la propiedad y usufructo juntamente, y como por el hecho de legar á uno el fundo es visto legarle ademas de la propiedad el usufructo, con lo que se compone el todo integral; y legando este solamente al otro, parece que le lega tambien el fundo que legó á aquel; por eso como conjuntos en una misma cosa, que es el usufructo, concurren y son admitidos igualmente á su percepcion y disfrute. (Castill. de *Usufruct.*, cap. 47, números 1, 2, 3 y 4.) (2).

874 Pero no sucederá esto cuando genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes, como caballos, mulos &c., ó le instituye heredero usufructuario de todos sus bienes, y despues lega á otro alguna cosa de aquella especie ú otra determinada en propiedad y usufructo, porque este legado específico deroga el genérico en aquella parte, y separa de él la cosa legada; ni cuando lega á uno cierta cosa entera, y luego á otro alguna parte de la misma cosa, por ejemplo, todo el fundo al primero, y despues la tercera, cuarta, quinta ó sesta parte del propio fundo al segundo; ni tampoco cuando lega á uno el usufructo de todos sus bienes, y al otro el de un fundo solamente.

875 Legado el usufructo de una finca, es visto legarse no solo el goce de sus frutos ó su usufructo desnudo, sino tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que tenia destinados para labrarla, como mulas ó bueyes, y arados. Y lo propio milita si tenia trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprendido en el legado del usufructo, bajo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza. (Greg. Lop., ley 20, tit. 34, Part. 3, glos. 8.) (3).

---

(1) La ley 19 que se cita, Gomez, Castillo y otros autores no proponen el caso de que se legue à uno *la propiedad de un fundo* y á otro su usufructo, como equivocadamente dice Febrero, sino el de que se deje á uno un fundo y á otro su usufructo; pero sin embargo aun tendrà lugar la nota siguiente, aunque no con igual fundamento.

(2) «En el caso de este número el propietario no debe tener parte en el usufructo, por ser evidente que el testador solo quiso legarle la propiedad, separando aquel de ella y dejándolo á otra persona sin usar de palabra que induzca ninguna comunion con él. Las leyes Romanas, las frívolas y falsas razones en que apoya Febrero su opinion, y cuanto digan los autores à quienes sigue, no pueden prevalecer contra una voluntad tan manifiesta.» (Febrero reformado.)

(3) El reformador del Febrero pone la siguiente nota. «¿Qué testador legará el usufructo de un fundo al usufructuario de éste? Si no es un mentecato ó si está en su juicio dirá que le lega el usufructo de los instrumentos y aperos que tenía prevenidos para labrar el fundo, el trigo destinado para sembrarlo, etc. Bien pudieron Gregorio Lopez y Febrero haber omitido semejante caso.»

Nosotros no convenimos en tan severa censura: tal vez no hayamos comprendido à Febrero, pero tal vez no lo haya comprendido su reformador. Este pudo engañarse por alguna lijera impropiedad de lenguage en el Febrero, quien comienza el número con estas palabras, «si el testador lega el usufructo de alguna finca al usufructuario, etc.» nosotros le habemos aclarado, diciendo; « legado el usufructo de una finca, etc.» y lo demas del número hace ver que propuso y resolvió por leyes romanas espresas el caso de haberse legado simplemente el usufructo de una finca, en el que se entiende tambien comprendido el usufructo de los aperos, instrumentos y demas que espresa Febrero. No hay pues porque apelar à la mentecatez y falta de juicio, ni porque manifestar tanta estrañeza y sorpresa.

876 Dejando el testador por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger ó á un estraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin compensacion con la propiedad; pues por que quiera que su muger goce de él enteramente, no se les debe imponer gravámen en su legítima, ni perjudicar en la propiedad ni usufructo de esta: y lo mismo procede en el tercio para con los ascendientes legítimos.

877 Sin embargo, Ayora y otros autores dicen, que el legado del usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor no esceda del quinto de la herencia del testador, fundándose en que se puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos su legítima en propiedad y usufructo, haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufructuario, segun la forma prescrita por derecho civil en semejantes casos, porque lo útil se vicia por lo inútil, y siempre es visto que el testador elije los medios oportunos para que pueda valer el acto y no se frustre su voluntad.

878 Pero esto se ha de entender, cuando consta claramente que quiso se hiciese la compensacion, en cuyo caso valdrá el legado compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras cuatro partes; de tal suerte, que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir en el legado del usufructo de todos los bienes en cuanto no esceda de aquel su importe, ó contentarse con su legítima en propiedad y usufructo: mas en caso de duda, y no constando cuál fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número anterior, como opinion mas comun y conforme á nuestro derecho.

879 Legado á alguno el usufructo de todos los bienes, quedarán comprendidos en el legado, no solo los mismos bienes muebles y raices del testador, sino tambien los frutos cogidos y separados del suelo, y las pensiones ó rentas de aquellos ya vencidas, porque todos son herencia del difunto; y asi los debe llevar el legatario ó usufructuario como tal, otorgando la correspondiente fianza.

880 En este caso, estando sembradas ó beneficiadas las tierras y no viéndose todavía los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y se afianzará de su importe, porque estas no son frutos, ora sean propias del testador, ora agenas las tierras ó fincas sembradas: si las tierras fuesen arrendadas, deberá el usufructuario pagar el arrendamiento con sus frutos, como hipotecados tácitamente á su responsabilidad.

881 Pero si al tiempo de la muerte del testador estan los frutos pendientes y á la vista en los fundos ó árboles, los debe percibir para sí el usufructuario sin obligacion de afianzar ni de restituirlos; pues los hace suyos, á no ser que el testador mande lo contrario ó disponga de otra manera.

882 Si el marido dejó á su muger por usufructuaria de todos sus bienes y entre estos de cierta porcion de dinero, é ignorando sus herederos lo que habia dispuesto por estar muy distantes, lo dieron á uno ó lo emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía, no percibirá la muger cosa alguna por razon de los réditos ó utilidades; porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que deja al tiempo de

su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produjo.

«Si esta razon fuese buena, tampoco pertenecerian á la muger usufructuaria los alquileres de las casas hereditarias, vencidos despues de la muerte del marido, los partos de los ganados hereditarios nacidos en dicho tiempo, &c. La ignorancia inculpable de los herederos, su trabajo é industria, la ninguna parte que tuvo la muger en la adquisicion de los réditos ó utilidades y el ningun perjuicio que se le causa, son un fundamento mas sólido. A esto se agrega, que si se pierde el dinero que dejó el difunto, habiéndose empleado en algun tráfico, ó impuesto á censo, tendrán que abonárselo á la muger los herederos, á no ser que se hubiese perdido sin culpa de estos.» (*Nota del Febrero reformado.*)

883 Se duda si legando simplemente el testador á su muger ó á otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se comprenden los venales ó las mercaderías destinadas para vender.

Unos autores dicen que no es visto estar comprendidos en el legado general, y que asi no corresponderá á la muger el usufructo de ellos. Otros que convienen en lo mismo, esceptúan el caso de ser venales todos los bienes del testador. Y otros conciliando las opiniones, afirman que si el testador dice que deja ó lega el usufructo *de todos los bienes*, sin esceptuar ningunos, se comprenden todos aunque sean venales, porque quien todo lo abraza nada escluye; y que si omite la palabra *todos*, no se comprenden los venales, y solo de los demas se entenderá legado el usufructo.

Pero creemos que aun cuando omita la palabra *todos* y diga solamente, *lego el usufructo de mis bienes* ó *lego mis bienes muebles*, deben entenderse todos sin escepcion, ó todos los de la clase que especifica; porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal.

884 Constituido el usufructo desde dia cierto ó bajo condicion, hasta que llegue el dia ó ecsista la condicion, nada percibirá el usufructuario, y los frutos ó renta de la cosa en el tiempo intermedio corresponderán al propietario. (Argum. L. *et post.* 12, §. *últ.* Dig. *famil. erciscundæ.*)

885 Si el testador lega á su muger el usufructo de una cosa por tiempo determinado, por ejemplo, un quinquenio, y para despues de pasado este el mismo usufructo ó propiedad de la cosa á otro, muriendo la muger antes de espirar el quinquenio, no será admitido desde luego el segundo al usufructo, y los frutos y rentas pertenecerán al heredero hasta que espire el quinquenio, si no apareciese haber sido otra la voluntad del testador. (Ley *uxori* 35, Dig. *de usu et Usufr., legat* y otras.)

SECCION IV.

Obligaciones del usufructuario.

886 Las obligaciones del usufructuario se reducen á hacer inventario, dar fianza, cuidar de la cosa como buen padre de familias, y res-

tituirla acabado que sea el usufructo. (Leyes 20, 22 y 24, tít. 31, Part. 3.)

SECCION V.

Del inventario (1).

887 El usufructuario, sea particular de ciertas cosas ó universal de todos los bienes, puede y debe ser compelido á hacer inventario, porque teniendo como tiene obligacion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, para restituirlos acabado el usufructo, si no los inventaría, no se podrá conocer cuándo hizo ó no el uso debido, ni si hace una plena restitucion de todos los que entraron en su poder, y se perderá fácilmente su propiedad, á causa de no poderse justificar por falta de documentos que la acrediten. (Molin. de *Primog*, lib. 1, cap. 28, número 4. García de *Expens*, cap. 11, núm. 4. Castillo de *Usufruct.*, capítulo 14, núm. 4.)

888 Pero no es preciso que el usufructuario formalice este inventario con la solemnidad que el heredero, por no haber ley que espresamente se lo mande, y asi basta que haga descripcion de todos los muebles é inmuebles con intervencion del propietario, á la cual no debe resistirse aunque el testador le hubiere dispensado de hacerla, porque asi como no puede remitirle la caucion de usar y gozar los bienes en la forma espresada (Castill. lug. cit.), tampoco puede remitirle la formacion de su descripcion, que es un antecedente necesario para la caucion ó fianza. (Castill. de *Usufruct.*, cap. 15, núm. 17, Molin. lug. cit. núms. 4, 13, 15 y 16.)

889 Lo mismo se ha de decir aunque el testador le hubiese impuesto la pena de privacion del usufructo ú otra si hacía la descripcion; pues á pesar de ello tiene obligacion de hacerla á instancia del propietario, sin miedo de incurrir en la pena (Castill. núm. 18), prestando juramento de no haber ocultacion y con los demas requisitos espresados anteriormente. (Idem núm. 20.)

890 Por tanto, si el usufructuario no hiciere la descripcion y se mezclare en los bienes, se podrá jurar en pleito ó sobre el pleito contra él, no obstante la remision y prohibicion del testador, bien sea el usufructo particular ó universal; si bien el propietario no está obligado á entregárselos hasta que haga la descripcion.

891 Pero si el usufructuario posee los bienes, sea con licencia del testador ó del heredero propietario, no se deberá decir que procede con mala fé ni que es moroso por no inventariarlos ni dar la caucion, hasta que acerca de ello le interpele judicialmente el propietario, en cuya atencion hace suyos los frutos aun antes de la fianza, si la posesion es legítima y justa; bien que una vez interpelado, si se resistiere, podrá el propietario jurar en pleito contra él. (Castill. *de Usufruct.*, capítulo 16, números 14 y 28.)

(En el tomo 1, cap. 5, §. 17, núm. 233, tratando de esto,

(1) Téngase presente que no hay ley espresa que imponga tal obligacion, como luego lo reconoce Febrero.

confirma Febrero la misma doctrina (como lo hace tambien repetidamente en otros dos lugares del tomo 3) sobre no valer la remision del inventario hecha por el testador al usufructuário, y pone el caso de que aquel haya nombrado á alguno por heredero usufructuario y á otro por heredero propietario. En seguida añade: «pero si el testador confiere al usufructuario ámplia facultad para vender los bienes raices y muebles preciosos que necesite, sin pedir licencia al propietario ni á la justicia, para cuyo caso le instituye heredero de los que venda con necesidad, encargándosele sobre esto la conciencia y mandando que el propietario no pueda compelerle á dar cuenta de su consumo ó deterioro, ni fianzas; que se contente con los que deje, en el estado en que se hallen, y que si no se contentase se estime al usufructuario por su heredero universal, me parece que entonces no podrá apremiarle el propietario á darlas, y que debe contentarse con los que se encuentren al tiempo de su muerte, pues el testador, como dueño de sus bienes, puede hacer de ellos lo que quisiere no siendo contra ley.»)

SECCION VI.

De la fianza.

892 Para que el usufructuario pueda gozar del usufructo de los bienes que no se consumen por el uso, sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozar de ellos á arbitrio de buen varon ó como buen padre de familias, conservándolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos segun se le entregan, cuando espire el usufructo: lo cual procede hasta en el marido á quien la muger dejó el usufructo de sus bienes. (Ley 20, tit. 31, Part. 3.) (1).

893 No se puede remitir al usufructuario esta fianza, si se le deja el usufructo en última disposicion; lo primero, por evitar que abusando de la remision, disipe los bienes, como que se le pone en la ocasion de delinquir. (Molin. de *Primog.* lib. 1, cap. 15, núm. 27, Castill. de *Usufruct.*, cap. 11, núm. 24 y cap. 15); lo segundo, porque su voluntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario, y no pudiendo haber seguridad de que esto se haga sino se dá fianza ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla; y lo tercero, porque siendo su ánimo no dejarle mas que el usufructo, se sigue de remitirla que le concede tácita facultad para usar á su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte corresponda siempre al propietario.

(Pero con respecto á la primera de las razones que Febrero alega, no podemos menos de decir que si por ponerse al usufructuario en la ocasion de delinquir no ha de valer la remision de fianza en el usufructo dejado en última voluntad, tampoco habrá de valer cuando se constituye en contrato, porque están prohibidos y son nulos todos las pactos que dan tal ocasion. (Leyes 28, y 38, tít. 11, Part. 5.)

---

(1) Segun se le entregan ó estuvieren, supuesto el buen uso de ellos.

véase en el número penúltimo un caso en que segun Febrero valdrá la remision de fianzas hecha al usufructuario en testamento; y no se olvide que tambien sobre esto carecemos de ley espresa.

En el Febrero reformado se lée la nota siguiente. «Pudiera decirse á favor del usufructuario, que cuando el testador le remite la fianza, dá á entender ya que confia en que hará el debido uso de su derecho, ya que no pone reparo en que use de los bienes como dueño, y ya de consiguiente que deja á otro la propiedad para el caso que el usufructuario conservase aquellos en su poder hasta su muerte, por profesar mucho mas afecto á este que á aquel. Y si esta es la voluntad del testador, ¿por qué no ha de atenderse cuando estuvo en su mano dejar al usufructuario el pleno dominio, y no favorecer en nada al propietario? Con estas reflecsiones se desvanece toda especie de contradiccion, y se demuestra que en el caso presente no podria el usufructuario cometer ningun dolo ni delito, porque siempre obraría conforme á la voluntad de su favorecedor. No obstante, cuando ocurra el caso, puede verse al señor Castillo, cap. 15, en donde trata el punto con mas estension que los demas autores.»

894 No tendrá obligacion el usufructuario de dar la fianza espresada, si es tan pobre que por serlo no encuentra quien le fie; en cuyo caso, siendo de buena vida y costumbres, basta su caucion jurada de hacer el debido uso de los bienes y de restituirlos á su tiempo.

Pero si es forastero, sospechoso de fuga, ó de mala conducta, se deberán secuestrar y depositar en persona lega, llana y abonada á arbitrio del juez, ó en el propietario de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no se pierda ni deteriore la propiedad; y esto es lo mas seguro.

895 Aunque constituyéndose el usufructo en última disposicion no puede el testador remitir la fianza al usufructuario por las razones poco ha espuestas, dicen los autores, que si se constituye en contrato, puede remitirse; pero yo me inclino á lo contrario (1).

896 No necesita el usufructuario dar la fianza en cuatro casos:

1.º Cuando no se duda que él ó sus herederos han de adquirir la propiedad de los bienes.

2.º Cuando el fisco es el usufructuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario.

3.º Cuando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla.

(En las provincias, donde por su legislacion ó fueros especiales el cónyuge sobreviviente tiene el usufructo de los bienes del cónyuge difunto, tampoco presta fianza; por manera que puede decirse que en todo usufructo legal cesa aquella obligacion: habemos ya dicho que cesa tambien cuando el donador se reservó el usufructo de la cosa donada.)

4.º Cuando el usufructo no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador.

---

(1) Esto dice Febrero; pero véase lo que hemos dicho en el número anterior en que dejamos consignada terminantemente nuestra opinion.

897 En el cuasi usufructo de las cosas fungibles ó que se consumen por el uso, para dar la fianza el usufructuario, se deben apreciar por lo justo; y hecho, la dará de volver el precio en que fueron valuadas.

898 Si no se aprecian, la fianza ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número cuando espire el usufructo, pues no ha de constituirse alternativamente en cualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Si es de dinero, ha de darla de volver igual cantidad á la que recibió.

SECCION VII.

Obligacion del usufructuario respecto de las cosas.

899 El usufructuario debe cuidar de los bienes muebles y tratarlos como propios; labrar las tierras en los tiempos oportunos y como buen labrador, plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen; hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion; y si el usufructuario arrienda ó alquila, como puede hacerlo, ha de ser á persona de buena conducta, en cuyos términos ha de constituir la fianza.

(Todo esto y mucho mas dice la ley con sencillez y energía: *á buena fé, asi como buen ome*; en una palabra, como buen padre de familias)

900 El usufructuario de un rebaño está obligado á reemplazar las reses muertas con las crias del mismo, en los términos contenidos en el núm. 866.

901 El usufructuario no está obligado á hacer los reparos mayores, como que tienden à la perpétua utilidad de la finca, segun se ha dicho en el núm. 684.

902 Son de cuenta y cargo del usufructuario los diezmos, pechos y tributos que pesen sobre la cosa.

(Aunque no lo será una contribucion ó ecsaccion estraordinaria, hecha por ejemplo en una invasion de enemigos, y para libertar la cosa del incendio ó devastacion.)

903 En órden á si el usufructuario universal ha de pagar las deudas y legados del que le otorgó el usufructo, ha de distinguirse como sigue:

Habiéndose constituido el usufructo universal en última disposicion, está obligado el usufructuario á satisfacer las deudas del difunto con los bienes de la herencia, estén ó no hipotecados á su pago, y tambien los legados anuales.) Y nosotros creemos que tambien han de deducirse del caudal hereditario todos los otros legados, y que de consiguiente el usufructo universal se entenderá del resto; menos en las provincias donde el viudo ó viuda tienen el usufructo legal en los bienes del cónyuge difunto: y á enterrar á éste y hacerle sus ecsequias, porque el legado de usufructo se entiende y es válido únicamente en los bienes propios del que lo deja, y libres de toda responsabilidad.)

904 Si el usufructo universal fué constituido en contrato, no estará

obligado el usufructuario á pagar las deudas, pues la accion y obligacion personales no pasan al sucesor particular; por lo que en este caso deberán ser reconvenidos el propietario ó sus herederos, y no teniendo con que pagarlas, se venderá la finca en propiedad y usufructo, caso que esté hipotecada á su seguridad, porque no estándolo se venderá solamente la propiedad, á menos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufructo.

905 Cuando el testador legó solamente á uno el usufructo de cierto fundo ó de otras cosas determinadas, ó de la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte ú otra cuota de sus bienes, no se han de pagar de ellos las deudas sino de los demas de la herencia, y no queriendo satisfacerlas de estos el heredero propietario, lo ha de hacer de los suyos propios, escepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad.

906 Están discordes los autores sobre á quien pertenece la satisfaccion de los réditos anuales, si alguno tiene impuesto censo al quitar sobre sus bienes, y dice en su testamento: «Dejo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los posea y goce por toda su vida; y para despues de esta sustituyo heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andrés.

Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia como por fideicomiso. (Greg. Lop., ley 15, tít. 3, Part. 6, glosa 1; Molin. *de Primogen.* lib. 3, cap. 14, núm. 11.)

Otros, á cuyo dictámen nos inclinamos, dicen que no es verdadero heredero sino solamente usufructuario; (Cov. lib. 2, *Var.* cap. 2, núm. 5, Parlador. *differ.* 29, núm. 13) el cual aunque no se halla obligado á satisfacer de su usufructo las deudas de la herencia, porque como se ha dicho han de pagarse de los bienes de ella, si los réditos anuales de los mismos frutos que percibe de ellos, pues de su producto líquido bajadas cargas es de lo que se hizo usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que estan los frutos pendientes, tributo, gabela y otras cargas, aun cuando hayan sobrevenido al usufructo, (ley 22, título 31, Part. 3, vers. «E si diezmo, ú otro tributo" y su glosa 5,) por ser una cosa pagar el gravámen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa redimir de él los bienes de la herencia, lo cual es satisfacer las deudas de esta, á lo que no está obligado: en cuya atencion si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital, y sino quiere pagar los réditos y da lugar á que por ellos se haga ejecucion en los bienes, puede el propietario redimir el censo y retener estos para sí despues de pagado. (Parlador. *differ.* 29 citad. núm. 17 al fin.)

(Sobre los diferentes y notables efectos que bajo otro aspecto ó capítulo de mayor importancia puede producir la diversidad en el modo de resolver la cuestion propuesta aquí por Febrero, puede verse el el Voet, lib. 7, tít, 1 *ad Pandectas*, núm. 13.)

(Tambien deberá pagar el usufructuario universal los intereses del dinero que con esta condicion ó carga debia el difunto.)

SECCION VIII.

De la obligacion del usufructuario en cuanto á la restitucion de la cosa.

907 De lo dicho sobre la fianza se infiere que el usufructuario ó quien le represente, acabado que sea el usufructo, ha de restituir la cosa en el estado que tenia cuando se le entregó, ó en el que tenga despues de haberla usado y gozado de ella como un buen padre de familias.

908 Hay varias opiniones sobre como ha de hacerse la restitucion de los bienes que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, como alhajas de plata ú oro, diamantes (1), vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos ó mueble de casa, coches y otros semejantes, en los cuales no puede constituirse propia y adecuadamente el usufructo, porque nada producen.

Algunos autores afirman que está obligado á volver la estimacion que se les dé, porque tasándose se le transfiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad.

Otros dicen que cumple con restituirlos en el estado que tengan al tiempo que espire el usufructo, y que solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia lo padezcan, que es lo que siempre hemos visto practicar, y debe adoptarse por ser conforme á la intencion del testador que quiso beneficiar al usufructuario; pues en todas las dichas cosas nada mas tiene que el mero uso, y si estuviese obligado á volver su estimacion, lejos de esperimentar utilidad, se le causaría perjuicio con la carga y gravámen de custodiarlos, conservarlos y pagar en dinero lo que aun vendidos no se sacaria por ellos, como sucede, puesto que nunca se dá en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, y antes bien se baja la tercera ó cuarta parte, ó la mitad segun su calidad, hechura y estado.

909 Pero si los tales muebles se pierden y consumen enteramente, aunque sea sin dolo ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que dió la fianza y recibió su usufructo, porque ha de usarlos y disfrutarlos conservando siempre su propiedad y sustancia, y porque pudiendo conservarlos se presume que á lo menos tuvo negligencia culpable en dejarlos perderse, y que no usó de ellos como debia, en cuya atencion conviene que antes que se le entreguen se estimen por lo justo, en venta, con su intervencion.

(El reformador de Febrero dice por nota: »Si el usufructuario acredita suficientemente que se perdieron ó consumieron sin culpa suya, seria injusto condenarle á la entrega de su valor, mayormente cuando las cosas perecen para su dueño.» Nosotros añadimos que segun cierta ley romana muy conforme con la equidad, puesto que los vestidos y otras cosas parecidas son para gastarse con el uso, el usufructuario se liberta devolviéndolas al propietario cuando estan gastadas, aunque lo esten tanto que no puedan servir mas.

(1) No hay mucha propiedad ni verdad en comparar los metales y diamantes con los vestidos, ropa blanca, etc. en cuanto á deteriorarse ó consumirse con el uso.

910 Esta doctrina no regirá en cuanto á los animales improductivos por lo contingente que es su muerte; y asi pereciendo sin culpa del usufructuario, no quedará éste obligado á indemnizar al propietario, segun se ha puesto en el núm. 868.

911 En las cosas fungibles el usufructuario devolverá el valor en que fueron apreciadas, ú otro tanto de la misma especie y de tan buena calidad, segun se hubiere obligado al otorgar la fianza, como se ha dicho en los números 897 y 898.

912 Otorgando testamento de conformidad marido y muger, nombrándose recíprocamente por usufructuarios, é instituyéndose para despues de sus dias heredero el uno al otro; si muerto el uno revoca el otro como puede hacerlo, su testamento, (*Burg. de Paz, consil.* 2) deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia de su consorte, porque en los contratos en que ha lugar el arrepentimiento, no debe percibir lucro el que retrocede; y siendo creible que el difunto se convino en dejar á su consorte el usufructo de sus bienes, porque instituyó juntamente con él heredero al otro, una vez que se arrepintió y cesó la causa, debe tener lugar la repeticion de frutos por éste; y asi se los pagarán sus herederos

(Pero otros al contrario sostienen que por el hecho mismo de participar de contrato este testamento, que vulgarmente se llama *de hermandad*, no puede revocarse por el consorte sobreviviente.)

SECCION IX.

Cómo se acaba el usufructo.

913 Acábase el usufructo por las causas siguientes:

1.ª Por muerte natural del usufructuario, aunque la tuviere dada en arrendamiento.

2.ª Por su muerte civil, que es el destierro perpétuo.

(Nosotros no reconocemos ni en este ni en ningun otro caso la muerte civil que espresa la ley 2, tit. 18, Part. 4.)

3.ª Por el no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

4.ª Por enagenar el derecho de usufructuar, pues se pierde y pasa al propietario, á causa de que como personal no es trasmisible, aunque se pueden vender y arrendar sus frutos (1).

5.ª Cuando el usufructo y propiedad se reunan en una misma persona.

6.ª Por destruirse la cosa en que consiste el usufructo, por caso fortuito ú otro motivo; pues aunque el usufructuario quiera ponerla en el estado que tenia, no puede hacerlo sin licencia del propietario. (Leyes 24 y 25, tit. 31, Part. 3; y 3, tit. 8, Part. 5.)

El usufructo dejado á alguna ciudad ó villa sin tiempo determina-

(1) Esta peregrina disposicion tomada del derecho romano està fundada en una ridícula sutileza. ¿Qué diferencia real hay entre arrendar, vender ó ceder los frutos por toda la vida del usufructuario, ó hacerlo del mismo derecho? De todos modos, si en este segundo caso es nula la cesion, lo nulo no debe surtir efecto alguno.

do, se acaba por el trascurso de cien años, porque se presume que este es el tiempo mas largo de la vida humana, y por consiguiente de todos los que á la sazon vivian en ellas.

(Parécenos demasiado largo y gravoso para el dueño este período ó término; las leyes deben acomodarse á lo que ordinariamente sucede; y no es á la verdad ordinario que el hombre viva cien años.)

914 Tambien se acaba el mencionado usufructo siendo arrasada ó quedando yerma la ciudad ó villa á quien se dejó; pero si todos ó alguna parte de los moradores de ellas poblasen despues de soano en otro lugar, recobrarán el usufructo. (Ley 26, tit. 31, Part. 3.)

915 Ultimamente, se estingue el usufructo, si habiéndose legado el usufructo de un rebaño, perecen tantas cabezas que deja de serlo; mas no si fallece una ú otra. Y cuándo sea rebaño ó no, lo ha de determinar el juez, atendidos los haberes del testador y la costumbre del pais.

(Con todo la ley 19, tit. 14, Part. 7, aunque para otro diferente efecto, señala el número de cabezas para componer grey ó rebaño, y son por lo menos diez ovejas, ó cinco puercos, ó cuatro yeguas, ú otras tantas bestias ó ganados de los que nacen de estas.)

SECCION X.

Del derecho de acrecer entre los usufructuarios.

916 Sin embargo de que en la propiedad cuando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia, no se acrece al otro, sucede lo contrario en el usufructo.

917 Asi, dejando el testador á dos ó mas por usufructuarios, si todos aceptan sus partes y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo (1); se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen y se acaba el usufructo.

(Esto dice Febrero; pero ademas de ser bastante oscuras, no tienen ninguna solidez las razones tomadas á la letra del Gomez en que aquel apoya la diferencia que aqui hace entre la propiedad y el usufructo, y por lo mismo se han omitido. Entre nosotros, como el derecho de acrecer no se funda en los motivos y sutilezas del derecho romano sino en la voluntad de los testadores y contrayentes que ha de averiguarse en sus palabras, en las circunstancias de las personas, y de las cosas &c.; á esto únicamente debemos atender para decidir cuando tiene ó no lugar, y en qué términos, el derecho de acrecer en el usufructo.) (*Nota del Febrero reformado.*)

(Nosotros convenimos en esta segunda parte; la voluntad espresa ó presunta es ante todo en los contratos y últimas disposiciones mientras no sea contraria á las leyes y buenas costumbres; pero no nos parecen tan frívolas y sutiles las razones de esta diferencia que encontramos en las leyes romanas, sobre lo que puede verse á Voet en sus

---

(1) No alcanzamos por cual otro motivo, fuera de la muerte, puede faltar el usufructuario.

comentarios al tít. 2, lib. 7 del Dig. y á Vinnio en sus Cuestiones Selectas, lib. 1, cap. 28; antes bien el mismo Voet, en el núm. 9 y último de dicho título dice: «Y no parece dudoso que todo lo hasta aquí espuesto sobre el derecho de acrecer entre los confructuarios, deba tambien observarse hoy dia, como que no tanto procede de cierta sutileza de la jurisprudencia romana y de la sola potestad de la ley, cuanto, y mas principalmente, de la probable voluntad del testador y de su afecto hácia los colegatarios: porque escusamos advertir que por derecho romano no tenia lugar el derecho de acrecer cuando el usufructo era constituido en contrato. Allí puede verse tambien ilustrado con ejemplos cuándo goce ó nó del derecho de acrecer el usufructuario que perdió ya su parte de usufructo.)

918 Si marido y muger hicieron á alguno donacion de todos sus bienes, reservándose el usufructo, y muriese uno de los donadores antes que el donatario, no tocará al sobreviviente todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, que no tiene lugar en este caso; y por lo tanto percibirá el donatario enteramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, porque este nada dejó á su consorte de los que le tocaban.

(Legándose á dos los frutos de un mismo prédio por via de alimentos, y muriendo despues uno de los legatarios, no acrece su parte de frutos ó alimentos al otro; porque seria dárselos doblados, y ademas estos se hallaban regulados por las necesidades de cada uno de aquellos. (*L. dominus* 57, §. 1 *de Usufruct. et quemad. quis utat.*)

(Tampoco ha lugar el derecho de acrecer cuando el usufructo ha sido legado á dos ó mas alternativamente ó por años. (*L. si duobus, Dig., quib. mod. usufruct. amitt.*)

(Ni entre los usufructuarios conjuntos solamente por las palabras, pues han de serlo por la cosa ó por la cosa y palabras, como se exige para que tenga lugar el mismo derecho de acrecer respecto de la propiedad.)

SECCION XI.

Diferencia entre el usufructo y el legado anual.

919 Se diferencian el usufructo y el legado anual en que el usufructuario no adquiere los frutos que deja pendientes cuando fallece, pues como personal se estingue con su persona; pero al que tiene legado anual tocan aunque no estén cogidos ó separados del suelo; y así muriendo despues de entrado el año, puede dejar íntegros los frutos de este á su heredero; porque los pendientes ó maduros aumentan el legado. (Parlad. *diff.* 29, n. 3.)

(Del legado anual, del que hay un título en el Digesto, no se hace mencion en ninguna de nuestras leyes; y por tanto ha sido inútil que el señor Castillo, Parladorio y demas comentadores gastasen papel y tiempo en decirnos las disposiciones civiles acerca de él: por ejemplo, que en el primer año es puro y en los demas condicional; que en el legado anual son muchos los legados á diferencia de la estipulacion anual que es una sola, y que en cada legado se ha de mirar si el legatario tiene capacidad de adquirir: como tambien en espresar sus diferencias

del usufructo, apoyándolo todo en razones ó sutilezas del derecho romano, que no se compadecen con nuestra legislacion, la cual con pocos renglones ó palabras ha echado por tierra gran parte del edificio monstruoso de la jurisprudencia romana. Consultemos, como he dicho muchas y aun diré millones de veces; consultemos la voluntad y las palabras del testador, poniendo al mismo tiempo la consideracion en las cosas sobre que recaen y en las circunstancias de las personas, y decidiremos con mas acierto cualquiera duda que no recurriendo al derecho comun, y tomando en las manos cualquiera comentador que facilmente pueden precipitarnos en el error. (*Nota del Febrero reformado.*) Tampoco nosotros gustamos de sutilezas, ni aprobamos el estudio indiscreto y esclusivo de los comentadores, al paso que nos parece de mucho provecho, y como una felicidad, el hallazgo y estudio de uno bueno, sobre todo para ciertos casos y consultas particulares, pero estrañamos la dura y no merecida censura del señor Gutierrez en llamar edificio monstruoso á la jurisprudencia romana, condecorada por casi todos con el respetable nombre de *razon escrita.* En cuanto á la doctrina sobre el legado anual y sus diferencias con el usufructo, baste por ahora decir que Grocio no las tuvo por sutilezas, y nosotros la seguiríamos en parte considerándola como razon, no como autoridad.

SECCION XII.

En qué se diferencian y convienen el usufructo y el uso.

920 Se diferencien el usufructo y el uso (de que luego hablaremos): 1.º En que el usufructuario adquiere y hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos de la cosa que usufructua, y los puede vender, arrendar y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar. (1).

2.º En que el usufructuario debe hacer de los frutos los reparos, labores y demas cosas necesarias á la conservacion de las fincas y bienes que usufructua, y satisfacer de ellos las rentas anuales; y el usuario á nada está obligado; escepto que la cosa sea tan pequeña, que el solo la disfrute enteramente y se aproveche de todo su producto, pues en este caso lo estará á todo.

921 Convienen el uso y usufructo en que así el usufructuario como el usuario deben afianzar, aquel en la forma espresada en la seccion sesta, y éste de que usará de la cosa con buena fé, sin hacer nada en ella por la que se le cause detrimento ni pierda (leyes 20, 21, y 22, título 31, Part. 3.): Y en que se establecen y acaban por los mismos modos y sobre las mismas cosas. (Leyes 20 y 24, tít. 31, Part 3.)

SECCION XIII.

Cómo se han de dividir los frutos cogidos ó pendientes al fallecimiento del usufructuario, y á quien corresponden.

922 Dejando cogidos el usufructuario al tiempo de morir los frutos

(1) Véase la nota del núm. 915.

de los bienes raices que disfrutaba, pertenecen todos enteramente á sus herederos sin la menor duda, aunque no viva todo el año.

923 Pero si están pendientes, corresponden al propietario, aun cuando se hallen maduros y prócsimos á su recoleccion, como sucede con los del fideicomiso, que pasan al fideicomisario y no á los herederos del fiduciario; porque los frutos pendientes no se llaman frutos, y se consideran una misma cosa con la finca en que se hallan, teniéndose por parte de ésta, atendido su estado. Y como el mero usufructuario no tiene en ella ningun dominio, y por otra parte el derecho que tenia para su percibo espiró con su muerte, pasan al propietario con el fundo; por lo que los herederos del usufructuario solo tendrán accion á recuperar las espensas hechas en sus labores, siembra, semillas, &c. y hasta que se las paguen, podrán retenerlos, porque no son, ni se llaman frutos, sino el residuo líquido, bajadas aquellas.

924 Lo propio milita en las rentas de los fundos; y por tanto, si el usufructuario muere despues que los colonos á quienes los tenia arrendados percibieron sus frutos, pertenecerán por entero las rentas de los arrendamientos á los herederos del primero, aunque no esté cumplido el tiempo ó plazo de su pago; porque es visto que los tales colonos los percibieron en nombre del usufructuario á quien correspondian.

925 Mas si los frutos estuviesen aun pendientes cuando murió el usufructuario, tocarán por entero las rentas de los arrendamientos al propietario; pues aunque estas son generalmente reputadas frutos civiles, se sigue respecto de ellas en el presente caso la misma regla que en los naturales, porque los representan y son tenidas en lugar de los mismos.

926 Si parte de los frutos están cogidos, y parte pendientes, tiene lugar la misma regla, y asi los primeros corresponden al propietario, y los segundos al usufructuario, lo cual se ha de adoptar en las rentas sin que en ninguno de dichos casos se prorateen.

927 Pero las rentas de casas, naves y otras cosas que se alquilan, como tambien los réditos de censos, juros y otros efectos, se han de dividir á prorata del tiempo entre el propietario y los herederos del usufructuario.

928 La razon de esta diferencia consiste en que la utilidad de las dichas cosas se percibe diariamente, lo cual no sucede así en los fundos ó heredades, cuyos frutos no se pueden percibir ni coger en sazon, sino en cierta parte del año; y por lo mismo en cuanto á sus rentas se ha de atender necesariamente al tiempo de la percepcion de aquellos para que las lleven los herederos del usufructuario.

929 Si el testador nombra á uno por usufructuario de todos sus bienes, podrá este percibir los frutos que produzca la herencia, aun antes de que la acepte el heredero propietario, puesto que la ley 1, título 18, lib. 10, de la Novís. Recop., manda que aunque no haya heredero ó este no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe.

Lo espuesto en el número anterior tiene dos escepciones:

1.ª Cuando el testador en su testamento nulo por pretension ó

desheredacion, pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado; en cuyo caso no valdrá el de usufructo ni otro alguno sin que preceda la aceptacion de herencia.

(«Matienzo, de quien se ha tomado esta doctrina, añade que sucede lo contrario, si dicha condicion se pone en testamento válido, porque como por derecho se entiende, puesta en este, nada obra. No es muy fácil comprender estas palabras de Matienzo; pero sin embargo diré que una vez que segun la ley 1 citada no se necesita institucion de heredero, ni que el instituido admita la herencia para que valgan las mandas y otras disposiciones testamentarias, no puede entenderse puesta por derecho; bien que acaso ningun testador la habrá puesto ni pondrá jamás, por cuya razon es inútil decir mas sobre esto. No raras veces nuestros intérpretes proponen por sutilizar y ostentar penetracion casos remotísimos de suceder, semejantes á los escolásticos, que han inventado innumerables cuestiones sutilísimas, las cuales no traen otra utilidad que la de atormentar los estraviados ingenios.») (*Nota del Febrero reformado.*)

2.ª Cuando el usufructuario no quiere afianzar, habiéndolo pedido el propietario, pues se constituye de mala fé.

930 Resta saber cuando se dirán percibidos los frutos por el usufructuario para que sus herederos los adquieran; y sobre este punto hay dos opiniones: una es que no solo han de estar separados del suelo, sino tambien custodiados en los parages destinados á este efecto: otra (y esta es la verdadera y corriente) que para que tanto el usufructuario como el poseedor de buena fé los hagan suyos, basta que estén separados del suelo ó cortados, aunque no se hayan custodiado.

931 Hay sin embargo la diferencia que para adquirirlos el usufructuario han de ser separados por él ó por otro de su órden y en su nombre, al paso que el poseedor de buena fé los adquiere indistintamente ya los perciba por sí en la buena fé de que le pertenecen, ya otro cualquiera sin su mandato; en cuya atencion si los frutos se caen espontáneamente ó por acaso, como suele suceder á la aceituna, no tocan al fructuario antes de percibirlos, y por el contrario, el poseedor de buena fé antes de percibirlos los hace suyos.

(Si los frutos, aunque ya maduros, pendian aun al tiempo de constituirse el usufructo, los hará suyos el usufructuario por la percepcion, rebajadas igualmente las espensas hechas en las labores, siembra, semillas &c., como se ha dicho antes para el caso contrario de morir el usufructuario en iguales circunstancias.)

TITULO V.

De la servidumbre de uso.

932 El *uso* como hemos dicho en la seccion 12, es el derecho que uno tiene de aprovecharse de cosa agena en lo que necesite para su gasto y el de su casa ó familia. (Ley 20, tít. 31, Part. 3.)

Por tanto, constituida esta servidumbre en alguna huerta, podrá el usuario coger la fruta y hortaliza que necesite para sí y su familia, no para vender ni dar á otros; y lo mismo se ha de decir si se constituye en prado ó viña. (Dicha ley 20.)

933 Constituida en algunas bestias, podrá el usuario emplearlas en sus labores ú otro servicio suyo, mas no alquilarlas. (Dicha ley.)

934 Si en ganados, podrá traerlos á sus heredades para engruesarlas ó beneficiarlas con su estiercol, y tomar en los términos referidos de su leche, queso, lana, cabritos ó corderos. (Ley 21, del mismo título y Part.)

935 Si en casa, podrá morar en ella con su muger, hijos y criados, y hasta recibir huéspedes. (La misma ley.)

Y no solo de la familia que entonces tiene, sino de la que tenga despues; porque no seria humano ni justo precisar á un padre, por ejemplo, á vivir separado de sus hijos. Cuánto sea lo que ha de tomar el usuario, deberá estimarlo prudentemente el juez, atendida la dignidad de aquel, el número de su familia y otras circunstancias, porque las últimas voluntades son de lata y favorable interpretacion.

936 El usuario no puede arrendar, vender ni ceder su derecho.

(Hay sin embargo casos en que por la presunta voluntad del testador podrá arrendarlo, y cuando el uso vendría á ser enteramente inútil á menos de hacerlo.)

937 Ni enagenar ni empeñar la cosa en que lo tiene. (Leyes 20 y 21.)

938 Deberá afianzar segun se ha espuesto en la seccion anterior; y cuando el uso absorva todos los frutos de la cosa, tendrá las mismas obligaciones y cargas que el usufructuario. (Leyes 20 y 22.)

TITULO VI.

De la servidumbre de habitacion.

939 *Habitacion* es el derecho de uno para morar en casas ó edificios agenos por sí y con la compañía que tuviere. (Ley 27, título 31, Part. 3.)

940 El que tiene este derecho puede ademas arrendarlo; pero á sugeto que haga buena vecindad. (La misma ley.)

941 Deberá usar de la habitacion á buena fé, como buen padre de familias, afianzando antes que lo hará asi, y que fenecido su derecho, restituirá la casa á su dueño ó á quien le represente. (La misma ley 27.)

942 Cuando no se señaló tiempo cierto al tiempo de constituirse esta servidumbre, dura como personal por toda la vida de aquel á quien se otorga. (La misma ley.)

943 Y se acaba solamente por haber espirado el tiempo cierto para el que fué constituida, y por la muerte ó remision de aquel á quien fué otorgada. (La dicha ley 27.)

Absorviendo la habitacion toda la utilidad de la casa, parece que el dueño de esta servidumbre quedará sujeto á las mismas cargas que el usufructuario.

944 Aunque la ley 27 al hablar de los modos de acabarse esta servidumbre, usa de la palabra *solamente*, no puede menos tambien de perderse por la consolidacion ó reunion de este derecho con la propiedad, y por quemarse ó arruinarse la casa. La palabra *solamente* alude á que no se pierda por el no uso y destierro, siguiendo tambien en esto al derecho romano; pero como nosotros no hayamos conocido el derecho Quiritario, á que probablemente debió su orígen la tal limitacion, no habia por qué admitir esta en nuestro derecho patrio.

TITULO VII.

De las labores ú obras nuevas.

SECCION I.

De las mismas.

945 Este título es una continuacion natural del de las servidumbres, porque en verdad y en rigor lo son las de que pasamos á hablar, y pertenecen á la especie de legales ó necesarias. (V. núm. 818.)

946 La heredad inferior tiene el gravámen de sufrir el daño que la venga de la superior naturalmente, sin malicia ni obra de hombre, como por el agua corriente, piedras ó tierra que traiga aquella, ó en otra manera. (Ley 14, tít. 32, Part. 3.)

(En tres maneras dice esta ley 14, puede el dueño de una heredad recibir daño de la de otro sin que pueda quejarse con derecho. La primera naturalmente, corriendo el agua de la heredad mas alta á la mas baja, y arrastrando piedras &c. (esta servidumbre es rigorosamente natural, legal, necesaria:) la segunda, por obra hecha antiguamente en la heredad agena, si pasaron diez años estando presente el dueño de la heredad que recibe, y no contradiciéndolo, ó veinte, estando ausente: la tercera, por servidumbre espresa: las dos últimas especies pertenecen al título anterior de las servidumbres.)

947 Si del agua estancada naturalmente en una heredad se siguiere daño á la de otro, debe el dueño de la primera abrir el lugar por donde corria el agua, y hacer que corra como antes, ó permitir al otro que lo haga. (Ley 15.)

948 Si el lugar por donde corria el agua, fuese acequia perteneciente á muchos, cada uno está obligado á limpiarla en la frontera de su heredad. (Dicha ley 13.)

Hé aqui una servidumbre legal que como algunas de su mismo orígen y denominacion, lleva la carga de hacer, á menos que el dueño de la heredad lindera la abandone.

949 Procediendo el estancamiento, estravío ó mutacion del curso del agua, ó el caer mas alto, ó dañando de otro modo por obra nueva hecha en la heredad vecina, el que la hizo debe derribarla á sus costas, volver las cosas á su anterior estado y resarcir los daños. (Ley 13.) Si el dueño de la heredad perjudicada la vendiese antes de la demanda, podrá pedir el comprador que sea derribada la obra. (Ley 16.)

950 Si el que hizo la obra nueva, vende su heredad antes de ser

demandado, puede ser apremiado el comprador á que la derribe, ó permita derribar, salva su accion contra el vendedor por lo que gastare en la demolicion. (Dicha ley 16.)

951 Si la obra dañosa hubiere sido hecha por muchos, están todos y cada uno de ellos obligados por entero á la demolicion; mas no á la enmienda del daño, sino en la parte que á cada uno corresponda. (Ley 17.)

952 Si de la obra resultare daño á muchos, podrá cada uno de ellos pedir por entero la demolicion; pero no la enmienda del daño de todos, sino la del suyo propio. (Dicha ley 17.)

953 Cualquiera puede abrir pozo en su casa, aunque por esto mengüe el agua ó se seque el pozo ó fuente del vecino, con tal que no lo haga maliciosamente; pues en tal caso podrá prohibírsele que lo haga y obligársele á que lo ciegue; porque las leyes no deben sufrir las maldades de los hombres y antes sí roprimirlas. (Ley 19.)

954 Puede tambien cualquiera construir en suelo propio ó del rey ó concejo, con otorgamiento de estos, molino ó aceña en los términos espresados en el núm. .

955 Si pared ó árbol grande de otro amenazan caer sobre nuestra heredad ó casa, y los peritos lo declaren así, debe el juez hacerlos cortar ó derribar. (Ley 22.)

956 El que edifica de nuevo cerca del castillo ó muros de una poblacion, debe dejar entre estos y el edificio el espacio de quince pies. (Ley 22.)

(Este punto estará ya arreglado por la ordenanza ó reglamentos de ingenieros.)

957 Si el reparo de estas casas ó puentes, calzadas y caños públicos, fuese de cargo de algun pueblo, y no hubiese ó no alcanzare la renta destinada, deben contribuir en proporcion á sus facultades todos los vecinos, sin escepcion de ninguno por privilegiado que sea. (Ley 20.)

958 Tampoco puede obrarse en cosa ó lugar de uso comun de algun pueblo, segun se ha dicho en el núm. 718.

959 A las iglesias no deben arrimarse edificios, tiendas de mercaderías ni de otras cosas que no pertenezcan á obras de piedad. (Ley 23).

No señala esta ley que espacio debe mediar, y sin embargo las vemos arrimadas y contiguas á las iglesias.

960 Debe reparar las iglesias quien tiene la guarda de ellas. (Dicha ley 23.)

961 Nadie puede ser precisado á edificar de nuevo á no hallarse obligado por contrato ó testamento; pero si edificare, debe dejar hácia la carrera el espacio acostumbrado por los demas vecinos. (Ley 25.)

(Sin embargo, no queriendo los dueños edificar las casas arruinadas en sus solares, las justicias los obligarán á su venta á tasacion, para que el comprador lo ejecute, y no se deforme el aspecto público.)

(Por esta última razon, aun cuando no se atraviese daño ni queja particular, señalarán las mismas justicias á los dueños un término correspondiente para que reparen los edificios ruinosos.)

(No cumpliendo estos con reparar dentro del término señalado, las justicias la mandarán ejecutar á costa de aquellos. (Ley 2, tít. 32 de la Novis. Recop.)

962 El que edifica puede alzar su edificio cuanto quisiere, con tal que no descubra mucho las casas de sus vecinos (dicha ley 25); pero no puede sacar tan afuera las canales de sus edificios que caiga el agua sobre las paredes de los tejados de sus vecinos. (Ley 13.)

963 Todos estan obligados á mantener y reparar los edificios que tengan en poblado, de suerte que no se derriben ó perezcan por su culpa. (La misma ley 25.)

(Esta ley 25 habla espresamente de edificios en poblado: la 10 que citaremos luego y trata de evitar el daño que nos amenaza por un edificio vecino ruinoso, parece que debe entenderse tambien de edificios en poblado; pero entendemos que podía estenderse su disposicion al caso posible de que un edificio en despoblado y ruinoso amenaze daño á nuestra heredad.

964 Estando mal parado un edificio comun, puede uno de los aparceros hacerle reparar á espensas suyas en nombre de todos, y haciéndolo saber á los mismos. (Ley 26.)

965 En el caso del número anterior estan obligados los demas aparceros á abonarle los gastos dentro de cuatro meses de la conclusion y de habérseles pedido el pago. (Dicha ley 26.)

966 Si asi no lo hiciesen, perderán sus respectivas partes del edificio, y las adquirirá el que lo reparó. (La misma ley 26.)

967 Cuando el aparcero hace la obra de mala fé, como si la cosa comun fuera toda suya, y sin preceder aviso á los otros, pierde los gastos, y lo nuevamente obrado se hace comun de aquellos. (Dicha ley 26.)

968 Si un vecino teme daño del edificio ruinoso de otro, debe el juez hacerle demoler cuando de las declaraciones de los peritos resultase que no admite reparacion, y que puede fácilmente ocasionar el daño. (Ley 10.)

969 Si resultare que admite reparacion, debe mandar el juez á su dueño que la haga, y afianze de indemnidad á los vecinos.

970 No afianzando el dueño ó no queriendo hacer la reparacion, deben ser puestos en posesion del edificio ruinoso los vecinos que se querellaron.

971 Si el dueño durase en su rebeldía por todo el tiempo que le señaló el juez para la reparacion ó derribo, el edificio será adjudicado en propiedad á los vecinos.

972 La fianza solo se estiende al daño que ocasionare el edificio cayendo por su propia debilidad.

973 Si cayere por algun accidente, como terremoto, rayo, gran viento ú otro semejante, á nada estará obligado el dueño. (Dicha ley 22.)

974 Lo mismo debe decirse cuando el edificio cayó y ocasionó el daño antes que los vecinos se querellen al juez. (Ley 11.)

975 En este caso debe el dueño del edificio arruinado llevarse á su coste todos los materiales caidos sobre la casa ó suelo del vecino, ó dejarlos todos á beneficio del mismo. (Dicha ley 11.)

SECCION II.

De la denuncia de obra nueva, qué sea esta y quiénes pueden hacer aquella.

(Febrero al principiar esta materia dice: «Una ley de Partida distingue la labor de la obra. Al ejercicio de cultivar la tierra llama *labor*, y á los que le tienen labradores ó trabajadores: y á las demas cosas que se ejecutan en las casas ó lugares cubiertos, dá el nombre de *obra*, y á los que la hacen, el de *oficiales*, *menestrales ó artesanos.*» Esta ley es la 5, tít. 20, Part. 2. ¿Pero á qué viene este lujo de citas y menos en el título de las labores nuevas y denuncia de obra, en que estas dos palabras tienen un significado diferente y casi siempre contrario al de la mencionada ley 2?)

976 Llámase obra nueva la que se fabrica sobre cimiento nuevo, y tambien aunque sea sobre el viejo, si se le muda la fachada ó forma que antes tenia, ora quitando, ora añadiendo á ella. (Ley 1. título 32, Part. 3.)

977 Pueden impedir y denunciar la nueva obra todo el que recibe daño con ella, y sus hijos, mayordomos, apoderados, criados (1) y amigos; pero estos últimos deberán dar seguridad bastante de que aquel lo dará por bien hecho. (La misma ley 2.)

978 Pueden igualmente impedirla y denunciarla los tutores en nombre de sus huérfanos, el usufructuario, el que tiene servidumbre en la finca, si se le quita con la obra, y el que la tiene en empeño, feudo ó á censo: mas este (2) solo puede compeler al señor del dominio directo á que le reintegre del daño que le ocasiona la obra. (Leyes 1, 4 y 5.)

979 Si la obra se hace en lugar público, puede impedirla cualquiera del pueblo, menos la muger y el menor de catorce años, á quienes solo se les permite la denuncia cuando la obra se hace en lo suyo (Ley 3).

980 Si la nueva obra perjudica á muchos y solo uno de ellos la denunciase, no aprovecha la denuncia á los demas, á no ser que la hiciese en nombre de los otros interesados; en cuyo caso, dando la competente seguridad de que la aprobarán todos, tendrá la misma validacion que si cada uno la denunciára por sí propio. (Ley 2.)

Febrero omite aqui la sàbia é interesante disposicion de la ley 7 del mismo tít. 32, Part. 3, acerca de las obras ó casos en que no puede tener lugar la denuncia. Segun la citada ley nadie puede denunciar al que repara ó limpia sus conductos, acequias ó canales, aunque de

---

(1) La ley no usa de la palabra criados.

(2) Por el lenguaje de Febrero cualquiera inferirá que la restriccion puesta por la ley 4, se refiere únicamente al que tiene la cosa á censo, siendo así que habla tanto con este como con el usufructuario y el hipotecario; es decir, que todos ellos pueden impedir y denunciar la obra, si es un estraño el que la hace; pero si es el propietario, solo podràn pedir la indemnizacion que se les cause por ella. La ley 5 establece una notabilisima diferencia entre el que tiene servidumbre rústica y urbana; sin embargo, Febrero la pasa en silencio.

ello resulte mal olor, se atraviesen las calles ó se eche en ellas y en el suelo del vecino alguno de los materiales necesarios para la obra. El que la hiciese debe despues de acabada aquella, dejar el lugar segun estaba antes, sin que por ella se perjudique al derecho de otro.

SECCION III.

A quiénes y cómo ha de hacerse la denuncia.

981 Debe hacerse la denuncia en el lugar en que se hace la obra; y basta hacerse al dueño de ella ó su sobrestante, y en su defecto á los oficiales que trabajan en la misma. (Dicha ley 1.)

982 Si la obra es de muchos, con hacer la denuncia á uno de ellos, no tiene el denunciador que requerir á los demas. (Ley 2.)

983 Debe hacerse la denuncia acudiendo al juez, jurando no hacerla de malicia, y pidiéndole que impida su prosecucion, porque le perjudica, y que en caso de contravencion imponga al dueño y personas que trabajan en ella la pena que conceptúe justa. (Ley 1.)

(Tambien omite Febrero, sin duda por no estar en práctica, los otros dos modos de hacer la denuncia de que habla la misma ley 1; á saber, privada y verbalmente ó tomando ademas una piedra y tirándola en la obra.)

(Si el denunciante no quisiere jurar de malicia, debe el juez autorizar al denunciado para que continúe la obra comenzada.) (Ley 3).

984 El juez deberá asistir por sí mismo al acto, y no pudiendo, ha de enviar un escribano con comision por escrito para que haga el requerimiento, ponga testimonio del estado de la obra, é impida su continuacion. (Dicha ley 1, y asi se practica.)

SECCION IV.

Efectos de la denuncia.

984 La denuncia, bien ó mal hecha, tiene tal fuerza, que si el dueño de la obra despues de requerido, prosigue en ella sin licencia del juez que la mandó prohibir, debe este en pena de la inobediencia mandar que se demuela á costa de aquel lo nuevamente construido. (Ley 8, tít. 32, Partida 3.)

(El denunciador debe solicitar que se haga alguna diligencia por la cual conste qué estado tenía el edificio al tiempo de la denuncia, para que no se dude de lo que debe demolerse, pues en duda debería subsistir todo lo edificado.) (*Nota del Febrero reformado.*) Nosotros añadimos que Febrero omitió la notable disposicion de la ley 6, que da á la denuncia el carácter y fuerza de aquellas acciones mistas de real y personal, llamadas entre los romanos *in rem scriptæ.* Segun la ley citada, la prohibicion de continuar la obra alcanza al que despues de la denuncia compró el lugar en que se hacía la obra nueva; pero sí el vendedor no le hizo saber la denuncia, debe indemnizarle de los daños y menoscabos que le vengan por ello.

986 Si el pleito de denuncia no se concluye en tres meses, y por el

reconocimiento que se haga, se echa de ver que no resultará daño irreparable por la sentencia definitiva; pasados que sean los tres meses, puede y debe el juez conceder licencia para la prosecucion de la obra, dando su dueño fianza segura de demolerla á sus espensas siempre que se le mandase. (Ley 9.)

(El denunciador podrá proseguir la obra dando dicha fianza en el caso de hacer ver que la interrupcion le causa un grave perjuicio, y que de la continuacion se le sigue uno leve al denunciador. (*Nota del Febrero reformado.*) Pero nosotros advertimos que segun la ley 9, sean cualesquiera las consideraciones de una y otra parte, no puede ser precisado el denunciador á admitir la tal fianza hasta pasados los tres meses. Febrero inserta en esta materia las disposiciones particulares sobre los alarifes, canteros, carpinteros y otros menestrales y artesanos, tanto en cuanto à la duracion de las obras que toman á su cargo, como en cuanto á negárseles la rescision del contrato por lesion enorme; nosotros lo reservamos, así como el formulario de escritura para su oportuno lugar, que será el de arrendamientos.)

FORMULARIO.

Pedimento de denuncia de nueva obra.

F., en nombre y á virtud de poder que presento y juro de N.... vecino de..... ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi parte tiene y posée una heredad en tal sitio, en la cual A..... está labrando de su propia autoridad una huerta, por lo que se la denuncio:

A V. pido y suplico la haya por denunciada, y mande que se notifique al maestro y oficiales que no continúen en su obra: pido justicia, costas, juro, y para ello.»

TITULO VIII.

De la adquisicion del dominio por testamento ó última voluntad.

SECCION I.

De los testamentos.

987 El testamento ó la última voluntad y la sucesion abintestato, son los modos de adquirir el dominio de las cosas por muerte de sus dueños y con su voluntad; si esta se declara y manifiesta, se adquiere el dominio del primer modo; y si solo se presume, se gana del segundo; por ahora nos ocuparemos del primero (1).

988 El testamento es uno de los actos de la vida que ecsigen mas circunspeccion y prudencia. Continuamente vemos ya que los testadores no disponen de sus bienes ó parte de ellos segun debian disponer, con gran perjuicio y dolor de los que merecen obtenerlos; ya que por no esplicarse con la debida claridad, especialmente en los puntos principales, dejan á las personas que mas aman en vez de una lucrosa herencia que les proporcione su tranquilidad y bienestar, costosos y fatales litigios que las arruinan y constituyen en un estado doloroso: ya que aparece ser voluntad de los testadores la que verdaderamente no lo es; y ya que se suponen testamentos de los que nunca los otorgaron.

989 Para ocurrir á tantos males nada es tan conveniente é importante como que los testamentos sean la obra y el fruto de un juicio sano y de una memoria despejada, circunstancias casi incompatibles con las graves indisposiciones á que por desgracia esperan muchos para otorgar sus últimas voluntades, sin que los casos lastimosos de que son testigos, los muevan á testar cuando gozan de perfecta salud, variando despues lo que les parezca razonable, segun las novedades que ocurran. Ademas, convendria mucho que para tan interesante acto se consultaran sugetos dignos y timoratos que por ningun título tuviesen interés en él, como tambien que se echase mano de los escribanos y testigos mas instruidos y de mejor conducta.

(1) El testamento, y por su falta la disposicion de la ley, no son mas que títulos para adquirir; la aceptacion ó admision es el modo. Este modo es universal á diferencia del legado ó fidei-comiso, porque se adquiere una universalidad de bienes ó la herencia, que es todo el patrimonio de alguno con sus cargas.

SECCION II.

Qué sea testamento y sus especies.

990 *Testamento* es una disposicion en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente respecto de sus bienes y derechos, para que se cumpla despues de su muerte (1).

991 Dos son las especies de testamento; uno *solemne*, otro *privilegiado.*

992 Testamento solemne es el que se otorga con todas las solemnidades que prescriben las leyes.

993 Privilegiado ó no solemne es el que no ecsige otro requisito sino que conste de la voluntad del otorgante.

994 El solemne se divide en *escrito* y *nuncupativo* (2).

995 Testamento escrito (que vulgarmente se llama *cerrado*), es el que se formaliza en escritura cerrada, signada por escribano y firmada por este, por el testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el escribano y testigos, ó al menos estos, su contenido.

996 Testamento nuncupativo (llamado comunmente *abierto*), es el que se hace ante escribano y testigos, ó tan solo ante estos cerciorándose uno y otros de la voluntad del testador, porque la declara en su presencia manifiesta y verbalmente. (Leyes 1 y 2, tít. 1, Partida 6 y 1; tít. 18, lib. 10 de la Novís. Recop.)

SECCION III.

Del testamento privilegiado.

997 Llámase asi este testamento por el privilegio concedido á los que gozan del fuero militar, que son los que únicamente pueden otorgarlo (3): las disposiciones que sucesivamente ha habido sobre esto, son las siguientes (4).

998 Segun la ley 4, tít. 1, Part. 6, los militares, no estando en campaña, deben ordenar su testamento del mismo modo que los paisanos; pero estando en ella, pueden hacerlo ante dos testigos; y si se hallan en peligro de muerte por haber sido heridos en alguna batalla ó ir á entrar en ella, como quisieren y pudieren; de palabra ó por escrito, es-

---

(1) Nos parece mejor la definicion de la ley 1, tít. 1, Part. 6: *voluntad ordenado*, (es decir, solemne) *en la que uno establece su heredero y dispone de sus cosas para despues do su muerte*; pues aunque la institucion de heredero no sea hoy de esencia del testamento, lo regular es que se haga y que sea la parte principal de aquel: de todos modos la palabra ordenada ó solemne es muy interesante.

(2) Esta division cuadra igualmente al privilegiado ó no solemne.

(3) En otras legislaciones se ha previsto el caso harto frecuente entre paisanos de morir en una navegacion, y se han dado reglas especiales: no tenemos noticia de igual prevision en la nuestra.

(4) A estas ordenanzas habian precedido la de 28 de abril de 1739 y las declaraciones que hoy forman la ley 7, tít. 18, lib. 10, de la Novís. Recop.

cribiéndole con su sangre en su escudo, armas, arena, ó donde les parezca; y de cualquiera suerte es válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra forma: pues por el riesgo á que se esponen en defensa del Rey y de la Patria, se les dispensa de las solemnidades comunes.

999 En el artículo 1, tít. 11, trat. 8, tom. 3 de las Reales Ordenanzas del Ejército, impresas en 1768, se declara que todo individuo que gozare fuero militar, le gozará tambien tocante á testamentos en cualquiera parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña.

1000 En los artículos 2 y 3 de las mismas se espresa que en el conflicto de un combate, ó cerca de empezarle y en naufragio ú otro inminente peligro militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere por escrito sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra: ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su voluntad.

1001 En el artículo 4 se previene que se tenga por válida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquiera papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que pueda testar en parage donde haya escribano, lo haga con este segun costumbre.

(Nosotros tenemos por mas racional y hasta por mas provechosa á los mismos militares la ley de Partida. Todas las legislaciones de los pueblos civilizados han establecido reglas particulares para los testamentos militares. Pero al paso que esto es justo cuando se hallan en campaña, no se descubre razon por qué estando en paz y en el seno de su patria, no hayan de testar con las solemnidades ó mas bien precauciones que han tomado los legisladores contra el fraude y la codicia para asegurar las verdaderas últimas voluntades. En el primer caso es un deber de justicia y un verdadero efecto de necesidad: la patria no podia privar de testar por este método privilegiado á los que combatiendo por ella, se veian imposibilitados de hacerlo por el comun y solemne: en el segundo hay un lujo de privilegios, que puede ceder en daño de los mismos privilegiados; y este lujo choca mas, atendido el gran número de los que gozan del fuero militar sin serlo ellos realmente.)

1002 Mas por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo 4, se espidió en 24 de octubre de 1778 la real cédula (ley 8, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop.) que dice así: «Declaro por punto general que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su mano, ó de otro cualquiera modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante escribano con las formas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les dá la misma ley militar, la civil ó la municipal.»

1003 Asi que, hoy no solo los militares sino tambien todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos, pueden testar en la forma que prescribe la citada ley 8.

1004 Si hacen por sí su testamento, no son necesarios (segun se entiende) los dos testigos que antes se requerian por la ley de Partida, pues la Recopilada no manda que los haya, ni prescribe solemnidad alguna; bien que de este silencio infiero no se ha derogado la estableci-

da, por ser precisa una derogacion específica; pero si lo otorgan ante escribano, deben concurrir los testigos que previene la ley para los testamentos solemnes, porque es visto usar de ella y no del fuero de guerra.

«(No alcanzo (dice muy bien á esto en una nota el reformador de Febrero) que sea necesaria tal derogacion, y me parece que las palabras de la cédula (ley 8) *en papel simple firmado de su mano ó de otro cualquiera modo en que conste de su voluntad*, han derogado la ley de Partida, sin necesidad de hacer mencion de ella.»)

1005 En cuanto á los hijos, que por sus propias personas no gozan de él, parece no debe ampliarse la disposicion de la ley recopilada por ser personal el fuero (1).

1006 Sin embargo, todo esto necesita nueva y espresa declaracion para desvanecer las dudas que por su omision y silencio se suscitan.

SECCION IV.

De las solemnidades de los testamentos solemnes nuncupativos.

1007 El testamento nuncupativo ó abierto puede otorgarse de dos maneras:

1.ª Ante escribano público y testigos.

2.ª Ante testigos solamente en cédula, ó memoria, ó de palabra, aunque haya escribanos en el pueblo, pues no es precisa su asistencia. (Leyes 1, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop.; y 102, tít. 18, Part. 3; Matienz. dicha ley 1, glosa 3, núm. 2, glos. 6, núm. 2, glos. 7. núm 1.)

1008 Segun la ley recopilada que se acaba de citar, «si alguno ordenare su testamento ú otra postrimera voluntad con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si lo hiciere sin escribano público, que sean ahí á lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y sino pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento.»

1009 Caso de negarse la vecindad de los testigos, habrá de probarla quien sostenga el testamento, porque cuando la ley ecsige alguna calidad en los testigos, no se presume, sino la prueba el que se vale de ellos. (Matienz., glos. 5, núm. 13, á la ley 1; tít. 18, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

1010 Pero como la ley citada no dice si serán ó no suficientes menos de los siete testigos cuando no son vecinos, dúdase si bastarán los tres y el escribano.

---

(1) Tambien es personal el fuero de guerra en todo lo demas (aunque está concedido en consideracion á la clase), y esto no obstante lo gozan los hijos de familias de los militares.

1011 Yo pienso que si en el lugar del otorgamiento hay copia de gente, deben intervenir cinco, porque la vecindad se requiere precisamente para la validacion del testamento, no concurriendo mas que tres testigos; y que si intervienen los cinco y el escribano, bastarán aunque no sean vecinos, porque el escribano supone por dos que con los cinco son los siete que pide la ley. Por tanto, si el testamento hecho ante siete testigos no vecinos y sin escribano es válido, tambien debe serlo el otorgado ante cinco y el escribano; y asi se practica. (1).

1012 Ademas, aunque por las leyes 3, tít. 15, lib. 7 y 7, tít. 23, libro 10., Novis. Recop., esté prohibido á los escribanos reales sopena de nulidad y otras, autorizar contratos y testamentos donde los hay numerarios, escepto en la córte y chancillerías, si hay motivo para no otorgar testamento ante el numerario, como cuando una muger casada oprimida por su marido para que le instituya heredero, lo repugna, y por temor de que si hace su testamento ante el numerario del pueblo, lo sepa aquel y la maltrate, lo otorga ante un escribano Real de dentro ó fuera de él, y cinco testigos no vecinos, será válido por ser otorgado ante siete, puesto que supone por dos el escribano; y si á este no se tuviese por tal á causa de la prohibicion legal, se publicarán y practicarán las diligencias que con el hecho en cédula ó de palabra ante testigos sin escribano, de lo que se tratará mas adelante.

1013 Asimismo para escusar en el caso anterior y otros semejantes todo motivo de disputa y que se declare nulo el testamento, hará el escribano real que concurran siete testigos que sepan firmar, y que lo firmen, con lo cual no puede alegarse nulidad, ni que murió intestada la testadora, sin embargo de no ser vecinos; pues si concurriendo siete sin esta calidad vale el testamento, aunque no intervenga escribano, con superior razon debe valer concurriendo los mismos siete con él, téngase ó no por tal. El escribano procurará tener esto presente para evitar á los testadores el desconsuelo de no poder testar á su arbitrio, y el que pasen sus bienes á los que aquellos no quieren tener por herederos. La causa y objeto de la ley en ecsigir la calidad de vecinos en los testigos del testamento, es que asi conocerán mejor al testador, serán mas fidedignos, y podrá probarse por medio de ellos con mayor facilidad el otorgamiento.

(Sobre quien deba reputarse por vecino, se ha hablado ya en el título segundo de la division de los hombres, y nos referimos á lo en él espuesto: aquí solo transcribimos ciertas particularidades de Febrero.)

1014 Todos cuantos se hallan empleados en esta córte con oficio ú otro destino, habitan con su familia, sean casados ó solteros, y tienen intencion de permanecer en ella, porque les precisa á esto su ocupacion, se deben tener por vecinos, no obstante el decirse que la Córte es patria comun, y que todos son transeuntes en esta, porque transeunte, hablando con propiedad, es el que va de una parte á otra;

---

(1) La ley 14, tit. 1, Part. 6, ecsigía en el testamento del ciego siete testigos y escribano; si éste no podia ser habido, dicha ley no ecsigia sino un testigo mas. Asi no es constante que el escribano valga por dos testigos. Y téngase presente que por la ley 5, tit. 1, Part. 6, vale el testamento en que el rey sólo sea testigo.

por ejemplo, el soldado, el arriero ó traginante, que en ninguna de aquellas por donde pasa, fija su domicilio, ni piensa subsistir; pero no conviene el concepto de transeunte al que está arraigado con su familia, hogar y casa propia ó agena alquilada en su cabeza, y asimismo con destino sea arte, oficio ó empleo, y de consiguiente piensa en subsistir.

1015 Por esta misma razon el que se halla de posada, ó á pretensiones en esta Córte, no debe ser tenido por vecino, sin embargo de que tenga aqui su familia, porque su ánimo no es de permanecer, sino el de irse luego que logre lo que pretende.

1016 Tampoco deben reputarse por vecinos los hijos de familia que viven bajo la potestad de sus padres, ni los criados solteros que estan y comen en casa y á espensas de sus amos; (Matienz, lib. 1, tit. 18, lib. 10, Novís. Recop., glos. 5, y núms. 2 al 10); pero sí han de tenerse por tales, cuando estén casados y habiten fuera de la casa de aquellos con la racion que les dan.

1017 Se advierte por lo mismo al escribano que no autorice testamentos en esta Córte ni en otros pueblos parecidos, ante tres testigos solos sin constarle su vecindad, pues como aqui apenas suelen conocerse los que viven en una misma casa, puede viciarse el testamento por defecto de esta calidad; y si dá fé de que son vecinos y resulta despues lo contrario, será castigado.

1018 Ademas; los testigos de todos los testamentos han de ser varones, mayores de catorce años, libres, de buena vida y costumbres, y rogados para serlo por el testador, ó por el escribano ú otro en su nombre.

«(Como las leyes de la Recopilacion que espresan las solemnidades del testamento escrito y nuncupativo, no hablan de la rogacion, deben entenderse corregidas las leyes de Partida que hacen mencion de ella. Bastará pues que el testador manifieste su última voluntad ante testigos congregados por cualquiera otra causa, aunque no se les haga ninguna especie de súplica. Las leyes de la Recopilacion no se acomodan como la ley de Partida á las formalidades ó sutilezas del derecho romano:") (nota del Febrero reformado) con la que estamos de acuerdo, añadiendo que la testamentifaccion ó el acto de testar, estuvo entre los romanos unido originariamente al ejercicio de sus derechos políticos, no de los civiles; de aqui procedieron tantas solemnidades, y á pesar de que con el tiempo vino á convertirse en un derecho puramente civil, siempre se resintió en esto de su orígen.

SECCION V.

Del testamento nuncupativo del ciego.

1019 El ciego únicamente puede otorgar testamento abierto ó nuncupativo. (Ley 14, tít. 1, Part. 6.)

1020 La razon de haberse puesto esta restriccion al ciego, es para que no sea engañado, ni se le suplante una escritura por otra, lo cual no puede suceder á quien tiene vista aunque no sepa leer. (La misma ley.)

1021 En el testamento del ciego deben intervenir por precision al menos cinco testigos, como lo ordena espresamente la ley 1, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop., la que corrige en cuanto á su número la 14, tít. 1, Part. 6, que manda sean siete y un escribano público.

1022 Ha de firmar el testamento á ruego del ciego uno de los testigos, segun está mandado por la ley 1, tít. 23, lib. 10 Novís. Recop., para todos los instrumentos (Matienz, glos. 8, núms. 3 y fin, á la ley 2, tít. 18 de la misma): pues solo siendo el testamento cerrado, es indispensable que firmen todos los testigos, ó unos por los otros. Sin embargo, aunque todos firmen la disposicion testamentaria nuncupativa, no se anulará, puesto que la ley no lo prohibe, y lo que abunda no daña.

1023 Si no concurre ó no puede ser habido escribano, deben estar presentes á su otorgamiento ocho testigos segun la ley 14, tít. 1, Partida 6. «E si el escribano público non se pudiere aver, deven aver otro que lo escriva, é que sean con él ocho testigos en lugar del escribano.» Esta disposicion no se ha derogado por derecho mas nuevo; y en este caso se ha de hacer publicacion, y han de practicarse las mismas diligencias que en los testamentos hechos verbalmente ó en cédula (Gomez, ley 3 de Toro, núms. 51 y 52; Parlad. *differ.* 14, número 16): pero aunque dicha ley 14, tít. 1, Part. 6, dice que el escribano y todos los testigos lo sellen y firmen, ó unos por otros, no se observa esta disposicion, y lo que se hace es firmar uno de los testigos por el ciego, y el escribano por sí como en el del que no lo es, nombrándose los demas al fin como en otro cualquier instrumento (1).

SECCION VI.

Del testamento cerrado ó escrito.

1024 El testamento cerrado debe otorgarse indispensablemente ante escribano y siete testigos de las calidades referidas en el núm. 1008. (Ley 2, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop.)

1025 Si no interviene escribano por no haberlo en el pueblo, será nulo aun cuando se añada un testigo mas como en el testamento del ciego, porque la ley real quiere que intervenga precisamente. (La misma ley 2.) (2).

1026 Y aunque no es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga por no mandarlo la ley 2 citada, conviene sí que se esprese de dónde lo son para que cuando llegue su apertura, se puedan recibir sus deposiciones.

1027 Puede escribir el testador su testamento cerrado en papel sellado ó blanco, y firmarlo si sabe y puede; si no, cualquiera persona de su satisfaccion puede estenderlo de su mandato, pues por no saber leer ni escribir no le privan las leyes de hacerlo como privan al cie-

---

(1) Todo esto parece rozarse con la sencillez de la ley 2, tít. 18, lib. 10 Novísima Recopilacion; el mismo Gomez citado por Febrero sostiene que no es necesaria la presencia de escribano.

(2) Véase la nota número 1 de la seccion anterior.

go (1); y despues de escrito y cerrado con lacre, oblea ú otra cosa que lo asegure, ha de entregarlo al escribano para que estienda el otorgamiento en su cubierta, y lo signe y firme á su presencia con todos los testigos; y estando todos juntos ha de decir á estos: *Este es mi testamento; ruegoos que pongais en él vuestros nombres*: cuya solemnidad es conforme á la ley 2, tít. 1, Part. 6 (escepto que no está en uso el sello de los testigos), y á la 3 de Toro 2, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop. que dice: «Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del Ordenamiento del señor Rey don Alonso de suso contenido (ley 1 del mismo título y libro) que dispone cuantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto que en latin es dicho *nuncupativo*, ahora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ahora entre herederos estraños; pero en el testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura de dicho testamento, ellos y el testador si supieren y pudieren firmar; y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano."

1028 Esta forma y solemnidad, como de derecho mas nuevo que el de las Partidas, es la que se observa: de suerte que si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo menos llevándole ó dirigiéndole alguno la mano trémula (pues en este último caso puede hacerlo á presencia del escribano y testigos, segun Matienz., ley 2 citada, glos. 2 y 6, número 4; Greg. Lop., lib. 1, tít. 1, Part. 6, glos. 11, sin que por esto se vicie, y asi se practica,) debe firmar por él uno de los testigos: si alguno ó algunos de estos no saben firmará por ellos otro. Y si el testador y seis de los testigos tampoco saben, ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa; primero por el otorgante ó testador, y luego por sí como testigo; despues por los demas espresando el nombre y apellido de cada uno; por ejemplo: Testigo á ruego del otorgante, Pedro Rodriguez.=Fuí testigo, Pedro Rodriguez.=Testigo á ruego de Juan Fernandez, Pedro Rodriguez.=Testigo á ruego de Diego Rubio, Pedro Rodriguez, &c.

1029 Debe asi mismo prevenir el escribano en el otorgamiento que este testigo firmará por sí, por el testador, y por los testigos restantes á causa de no saber ó no poder, y luego lo suscribirá, signará y firmará como lo manda la ley, de manera que sean ocho firmas fuera de la suya y signo, pues no son suficientes una por el testador, otra por sí, y otra por los demas testigos. (Gomez, ley 3 de Toro, números 23 al 31,)

1030 Autorizado que sea el otorgamiento por el escribano, entregará éste al testador el testamento para que le guarde si quiere, porque debe parar en su poder ó en el de la persona que elija, y no en el

(1) No deja de estar espuesta á inconvenientes esta libertad de otorgar testamento cerrado dada al que no sabe leer: los inconvenientes pueden ser mayores donde, como en alguna provincia de España, no se requiere en estos testamentos mas que dos ó tres testigos: por el art. 978 del Código civil francés quedó suprimida.

del escribano (como tal escribano), hasta que se abra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público; y para evitar las sospechas que infundadamente cree Colon, (Instruc, jurid., lib. 3, capítulo 4), se pueden concebir contra el mismo escribano y testigos que firman. Esto es pues lo que se observa, y asi no se priva al testador de hacer testamento escrito ó cerrado cuando no saben firmar al menos tres testigos, como pretende dicho autor

1031 Pero si el testador no sabe firmar, ó aunque sepa, si no sabe al menos uno de los testigos, no puede otorgar testamento escrito, porque no basta que el escribano firme por sí, por el testador y por los testigos, aunque algunos opinan lo contrario, pues que la ley 3 de Toro, arriba inserta, no les concede tal facultad, ni la ley 2, tít. 1, Partida 6 que dice: « E ruégovos que escribais en él vuestros nomes, é que lo selleis con vuestros sellos. E él otrosí debe escribir su nome, ó facerlo escribir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo asi: yo otorgo que este es el testamento que yo Fulano fué é mandé escribir. »

1032 Ni tampoco la concede la ley 103, título 18, Part. 3, que trae la forma de ordenar estos testamentos y contiene lo siguiente: «*E si por aventura el que lo ficiere, non quiesse que los testigos supiesen lo que es fecho en él, puédenlo mandar facer al escribano en poridad,* (*en secreto*;) *é despues que fuere fecho deben los testigos sobredichos escribir en él sus nomes, é sellarlo de sus sellos, asi como dicen las leyes deste nuestro libro en el título de los testamentos.*»

1033 Es pues visto que por nuestro derecho Real son requisito formal y preciso las firmas referidas, y es necesario su reconocimiento antes de la apertura del testamento, pudiendo ser habidos, como se esplicará mas adelante. Si el escribano autorizase sin dichas firmas un testamento escrito, no incurrirá en pena, porque ninguna ley se la impone; pero se le tendrá por ignorante, y el testamento será nulo; (Gom., ley 3 de Toro, núm. 31; Matienz en la ley 2 cit., glos. 2, número. 3, *vers. tertio lege nostra*, glos. 6, núms. 3 y 4.) (1).

SECCION VII.

Quiénes pueden ó no ser testigos en el testamento, y circunstancias en su asistencia.

1034 Pueden ser testigos en los testamentos cuantos no están espresamente prohibidos de serlo.

1035 La prohibicion puede ser absoluta y para todos los testamentos, ó parcial y solamente para algunos.

1036 Tienen prohibicion absoluta los condenados por cantares, dictados ó libelos infamatorios, por ladrones, homicidas, traidores ú

---

(1) Dejando aparte que, segun confiesa el mismo Febrero, algunos opinan lo contrario, dificultamos que pueda ocurrir este caso, porque ha de ser hoy muy raro que entre siete uno siquiera no ha de saber firmar, y porque, otorgándose el testamento cerrado casi siempre en sana salud, puede el testador escoger los testigos.

otro delito semejante; los apóstatas de nuestra santa Religion, aunque despues se conviertan, los menores de catorce años, las mugeres, los locos mientras lo están, los pródigos privados como tales de la administracion de sus bienes, los mudos y totalmente sordos, los hermafroditas (que son los que participan de la naturaleza de ámbos secsos, porque esta voz se compone de las griegas *herma* que en nuestro castellano equivale á masculino, y *aphrodi* que quiere decir hembra) á no ser que su naturaleza participe mas de la de varon que de la de hembra. (Leyes 17, tít. 1, Part 3, 9 y 10; tít. 1, Part. 6.)

(No encontramos razon sólida ni aun plausible para esta prohibicion de las mugeres, cuando pueden ser testigos en todos los demas actos dentro y fuera de juicio sean cualesquiera su gravedad y trascendencia. Esta disposicion se resiente como algunas otras, segun hemos observado en la nota última, seccion segunda, del orígen político de los testamentos entre los romanos: se hacian en los comicios calados á los que no podian asistir las mugeres; de consiguiente mal podian ser testigos en ellos. Así esplican esta prohibicion Voet, Heineccio y otros: sin embargo la prohibicion no solo continuó entre los Romanos, sino que halló lugar en nuestros códigos, y lo que es mas estraño, aun en el francés.)

(«Acerca de los hermafroditas se lee en el Febrero reformado la nota siguiente: «No solo el vulgo demasiado propenso á creer todos las cosas peregrinas sino tambien casi todos los teólogos y jurisconsultos dan por cierta la ecsistencia de los hermafroditas verdaderos y perfectos, quiero decir, de personas varones y hembras á un mismo tiempo, como puede verse en sus obras y principalmente en el señor Mateu (*de re criminali, controv.* 48), que refiere y cree varios casos de sugetos que habian concebido y hecho concebir; pero yo tengo por conveniente y oportuno desimpresionar en este lugar de semejante error á cuantos le crean con la autoridad y las mismas palabras del señor Valmont de Bomaire en su *Diccionario de Historia natural.*)

(«Las personas calificadas, dice, con el nombre de hermafroditas, léjos de ser á un tiempo hombres y mugeres, no son por lo comun ni lo uno ni lo otro, y no deben su conformacion singular sino á un juego de la naturaleza, cuya operacion fue interrumpida.») Y mas adelante añade: «Todas estas particularidades y otras muchas observaciones que creemos inútil citar aquí, se enderezan á demostrar, en primer lugar, que entre las varias especies de hermafroditas no hay quienes reunan las facultades de ambos secsos con igual ventaja, es decir, que puedan engendrar fuera de sí y en sí mismos, y que puedan ser á su arbitrio, ya hombres, ya mugeres: en segundo lugar, que se hallan hermafroditas que tienen un secso dominante, siendo imperfectos los órganos del secso opuesto; y en tercer lugar, que la última especie de hermafroditas, que es la mas comun, se encuentra en los que tienen alguna cosa de la conformacion perteneciente al uno y al otro secso, y que son incapaces para la generacion como varones y como hembras.» (Del mismo dictamen son el conde de Buffon en su *Historia natural*, y el Abate Herbás en su *historia del hombre*, tom. 1, lib. 2, cap. 4, apoyado en muchas autoridades respetables.)

1037 La tienen tambien los que no entienden el idioma del testador

aunque el escribano se lo esplique, pues serán testigos de éste, y no de aquel; y finalmente los ciegos porque no pueden ver al testador y es preciso que los testigos le vean.

(Dice Febrero, aunque lo habemos omitido, que pueden ser testigos en los testamentos los clérigos y aun los regulares profesos, á pesar de ciertas consideraciones que espone: de los primeros nunca pudo haber duda, ni tampoco puede haberla ahora de los segundos.)

1038 Tienen prohibicion parcial ó para ciertos testamentos los ascendientes y descendientes en los suyos; esceptuados los testamentos militares. (Ley 14, tít. 16, Part. 6.)

1039 Tampoco pueden ser testigos el heredero instituido en el testamento, ni sus padres, descendientes, hermanos ni parientes dentro del cuarto grado por afinidad ó consaguinidad, contado segun derecho civil, sobre la contienda que tuviese el mismo heredero con los parientes del testador ó con otros en razon del testamento en que fué nombrado. (Ley 11, tít. 1, Part. 6.)

(Sala apoyándose en la misma ley 11, dice con mas claridad y precision, que ni el heredero ni sus parientes hasta el cuarto grado pueden ser testigos del testamento en que aquel fué instituido. Sin embargo, las palabras de la ley 11 son las que copia Febrero, y por lo que este dice en seguida del legatario se infiere que la entendió como Sala.)

1040 Pero bien podrán ser testigos los legatarios en el mismo testamento en que se les deja el legado (dicha ley 11); aunque pudiendo asistir otros no deberá admitirlos el escribano por razon de ser interesados (1).

1041 Son tambien testigos idóneos para el testamento el fideicomisario y el testamentario particular con tal que se haga escritura pública; y caso de no hacerse é intentarse probar el testamento por testigos, si nada se trata de la herencia entre ellos y el heredero y fueron rogados para presenciarle, no de otra suerte.

1042 Pero si los testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el tal testamento, por cuanto el heredero está privado de serlo.

(Mas sencillo fuera decir que si el fideicomisario y testamentario obtienen concepto de herederos, no pueden ser testigos; de otro modo, y en una palabra, que respecto de ellos rige la misma disposicion que con el heredero y legatario.

1043 En el otorgamiento ante escribano, ó publicacion del testamento ú otra última disposicion, han de concurrir indispensable y copulativamente tres circunstancias para que no se invalide:

1.ª Que todos los testigos no solo oigan hablar, sino tambien que á un propio tiempo, aunque sea el de peste, vean al testador; pues se podria cometer algun fraude remedando su voz.

2.ª Que entiendan perfectamente hasta la mas mínima parte del

---

(1) Fuera mejor escluir al legatario en los testamentos abiertos ó nuncupativos (véase la glos. 4 de Greg. Lop. á la dicha ley 11 sobre las palabras *escrito en él* que parece corroboran esta opinion): y ¿qué se dirá cuando por título del legado se deja una parte cuota de la herencia como la mitad, tercio, &c.?

contenido del testamento abierto y del otorgamiento del cerrado para que siendo interrogados, puedan deponer contestes y unánimes, y firmen dicho otorgamiento en los términos ya esplicados.

3.ª Que mientras se lée y otorga ó publica, estén todos presentes sin faltar ninguno; por manera que no basta que algunos de ellos oigan parte de él y los demas lo restante, ni que el testador manifieste separadamente á cada uno en distintos dias ú horas su voluntad, pues antes bien todos juntos en un mismo acto, lugar y tiempo sin intermision, la han de oir enteramente de su boca, porque de lo contrario serán testigos singulares no contestes, y por lo mismo no harán prueba, ni habrá testamento. (Ley 3, tít. 1, Part. 6 y 1; tít. 18, lib. 10, Novis. Recop.; Matienz. en esta, glos. 4, núms. 1, 2 y 3; Gomez, en la ley 3 de Toro, núms. 33, 47 y 48.)

1044 Faltando cualquiera de estas circunstancias en el testamento, será de ningun valor cuanto en él se contenga.

(Las leyes recopiladas que tratan de la solemnidad del testamento, nada dicen acerca de la circunstancia de que no se interrumpa el otorgamiento con ningun acto diverso, y asi, por ejemplo, si durante aquel se ofrece casualmente hablar de alguna venta, y en breve se celebra esta, no dejará el testamento de valer. Sin embargo, hay quien quiere que no se interrumpa el acto del testamento por la razon de prescribir este requisito la ley de Partida, y no haberle derogado las leyes recopiladas, á cuya objecion se satisface en nuestra apología. Por otra parte, á valer este argumento debería tambien ecsigirse en los testamentos el sello de los testigos, pues lo prescriben las leyes de Partida, y no lo han derogado las de la Recopilacion. (*«Despues que fuése escrito*, (dice la ley 2, tít. 1, Part. 6), *debe doblar la carta é poner en ella siete cuerdas, con que se cierre, de manera que finquen colgadas, para poner en ella siete sellos.»*) Tambien aqui debemos repetir que la no intermision de los testamentos vino del orígen político que tuvieron entre los romanos. Principiaron por hacerse en las juntas ó comicios calados que no podian padecer interrupcion, pues si la padecian, no valia nada de lo hecho en ellos, y esta unidad de contesto no podia menos de comprender entonces á los testamentos; pero desapareció la causa, y sin embargo subsistieron sus efectos, probablemente por un respeto supersticioso á su orígen, que no debe tener cabida al presente: si la tuvo en las leyes de Partida fue por otro respeto supersticioso hàcia las romanas.)

(«Antes de publicarse ó leerse enteramente el testamento, no consta de la última voluntad del testador, porque durante la publicacion ó lectura puede quitar, añadir y alterar lo que le parezca, como varias veces sucede (Gomez, ley 3 de Toro, núms. 18 y 19); y aunque esté estendido el testamento, puede contener algunas cosas diversas de las que el testador quiso ó quiera cuando le otorga. (*Febrero reformado.»*)

1045 En el otorgamiento de todos los testamentos nuncupativos ó cerrados de marido y muger ó de otras personas, que testen separadamente ó juntas de conformidad, sean legítimos ó estraños los herederos, han de intervenir las mismas solemnidades y los mismos testigos que se ha dicho, sin que por ser dos los otorgantes haya necesidad

de que aquellos se dupliquen; y asi se practíca. (Matienz., ley 2, tít 18, lib. 10, Novis. Recop.; glos. 6, núm. fin.)

(Sobre esta especie de testamentos, que suelen llamarse de hermandad, y que estan prohibidos por el art. 968 del código civil francés, hé aquí como se esplica el consejero de estado Bigot Préamenen, en el discurso núm. 55 de los *motivos de las leyes.* «Un testamento no podrá ser hecho unidamente y en un mismo acto por dos ó mas personas, ora sea en provecho de un tercero, ora á título de donacion mútua y recíproca. Era preciso evitar que renaciese la diversidad de jurisprudencia que habia habido sobre la cuestion de si muerto uno de los testadores podia ser revocado el testamento por el sobreviviente. Permitir su revocacion es violar la fé de la reciprocidad; declararle irrevocable, es cambiar la naturaleza del testamento, que en este caso no será ya un acto de última voluntad. Habia pues necesidad de prohibir una forma incompatible ó con la buena fé, ó con la naturaleza de los testamentos.»

SECCION VIII.

Quiénes pueden ó no hacer testamento.

1046 Puede hacer testamento cualquiera persona de ambos secsos que no tenga prohibicion de ello.

(Esta facultad, segun el célebre Heineccio, (*Element. jur. nat. et gent.*, lib. 1, §. 287) y otros muchos autores, no es de derecho natural; pues parece implica contradiccion que un hombre quiera algo para aquel tiempo en que no puede querer, y quiera pase á otros el dominio de sus cosas, cuando ya no es señor de ellas; «lo cual, prosigue el citado autor, es tan ageno de la recta razon, que los mismos jurisconsultos romanos, ingeniosísimos para fingir, confesaron que solo con meras ficciones podia salvarse tanta contradiccion.» Asi que, se engañan los que sin ecsámen y solo por haberlo leido créen que del derecho de propiedad trae su orígen la facultad de testar. (*Nota del Febrero reformado.*) En efecto, esta cuestion ha sido muy debatida entre los publicistas, y aunque nosotros no la consideramos útil para el simple jurisconsulto, si bien puede serlo para el legislador, séanos permitido dar aqui por traduccion lo que sobre este punto dice el mismo orador citado en la nota anterior.)

(Algunos jurisconsultos oponen á estas ideas de independencia en el ejercicio del derecho de propiedad, que el que dispone para el tiempo en que ya no ecsistirá, no ejerce un derecho natural; que no hay propiedad sino en la posesion, y esta acaba con la vida; que la trasmision de los bienes despues de la muerte del poseedor pertenece á la ley civil, cuyo objeto es prevenir el desórden, al que estaría espuesta la sociedad si estos bienes fuesen entonces presa del primero que los ocupase, ó si hubieran de repartirse entre todos los miembros de la sociedad como bienes comunes de todos.»)

(«Estos jurisconsultos pretenden que el órden primitivo y fundamental de la trasmision de bienes despues de la muerte, es el de las sucesiones ab intestato, y que si el hombre tiene algun poder de disponer para el tiempo en que no ecsistirá, es un puro beneficio de la ley;

que esta le cede una parte de su poder, pero fijándole límites que él no puede traspasar, y formalidades á las que debe sujetarse; que la trasmision sucesiva de las propiedades no habria podido quedar abandonada á la voluntad del hombre, voluntad que no se habria manifestado siempre, que frecuentemente es el juguete de las pasiones, que demasiado variable, no habria bastado para establecer el órden general que ecsige el mantenimiento de la sociedad, y el cual solo puede ser calculado por la ley sobre bases fijas y equitativas.»)

(«Este sistema es combatido por otros publicistas que le miran como capaz de conmover los cimientos del órden social, alterando los principios sobre el derecho de propiedad: ellos piensan que este derecho consiste esencialmente en el uso que cada cual puede hacer de lo que le pertenece; que si su disposicion no debe surtir efecto sino despues de su muerte, no por esto ha dejado de ser hecha durante su vida, y que disputarle la libertad de disponer es reducirle á un simple usufructo»)

(«Enmedio de estas discusiones hay un guia que se puede seguir con seguridad, y es la voz que la naturaleza ha hecho oir á todos los pueblos, y que ha dictado todas las legislaciones.»)

Habla en seguida el orador de los efectos y vínculos de la sangre que generalmente son mas ó menos enérgicos, segun son mas ó ménos estrechos; que del órden de las familias resulta el de la sociedad, que es el blanco y objeto de la ley; que esta debe por lo tanto dejar obrar la voluntad del hombre, que constantemente sigue los afectos y vínculos de la sangre, y en el caso de no haberla él manifestado todavía, se sigue su voluntad presunta para el órden de sucesiones.

(«Pero cuando la voluntad está desmentida por la razon, cuando en vez de ejercerse el derecho mas hermoso de la naturaleza, no se ha hecho mas que ultrajarla; cuando en lugar del sentimiento que impele á conservar, es un sentimiento de destruccion y desorganizacion el que ha dictado la voluntad, la ley todavía no hace mas que desembarazarla de las malas pasiones, conservándola lo que tiene de razonable. La ley no anula las liberalidades escesivas, y solamente las reduce; por manera que la voluntad subsiste íntegra en todo lo que tiene de compatible con el órden público.»)

(«Asi, los propietarios mas celosos de su independencia nada tienen que echar de menos, pues no pueden mirarla como menguada por la ley civil, sea que esta por no haber ellos manifestado su voluntad la supla estableciendo el órden de sucesiones, sea que por medio de reglas sobre las donaciones y testamentos la contenga dentro de límites razonables.»)

(«Con tal que la ley no sea contraria á los principios que acaban de esponerse, es del todo indiferente el que la facultad de disponer de sus bienes sea un beneficio de la ley, ó el ejercicio del derecho de propiedad. Pero si acaeciese lo contrario, si el legislador guiado por miras políticas hubiese desechado el plan trazado por la naturaleza para la trasmision de los bienes, si la facultad de disponer estuviere encerrada en límites demasiadamente estrechos, seria decisorio el sostener que esta facultad mezquina fuese un beneficio, y que bajo el imperio de tal ley subsistia aun el libre ejercicio del derecho de propiedad.»)

1046 El infante ó menor de siete años, como que no tiene uso de razon, está naturalmente privado de hacer testamento.

1047 Lo está por derecho positivo el pupilo, es decir, el varon menor de catorce años y la hembra menor de doce (ley 13, tít. 1, Partida 6), siendo indispensable que los tengan cumplidos.

1048 Pero teniéndolos, pueden sin licencia de sus ascendientes disponer en testamento de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi castrenses (ley 6, de Toro, hoy 1, tít. 20, lib. 10, Novis. Recop.), aunque estén bajo la pátria potestad, como lo dice espresamente una ley recopilada, (la 4, tít. 18, lib. 10) que en esta parte corrige otra de Partida.

(No es fácil comprender por qué las mugeres han de ser capaces de otorgar testamento y de otros actos civiles ántes que los hombres. La anticipacion de la pubertad en aquellas es solo respectiva á su aptitud para la generacion, lo cual se observa constantemente en la especie humana, y no por los mayores progresos de su razon. Y si en efecto esta se anticipa en las mugeres, deberian reputarse pupilas no á los siete años como los varones, sino á los cinco, y mayores de edad á los veinte y tres y no á los veinte y cinco. Si en los hombres se perfecciona á los veinte y cinco años su juicio para poderse gobernar por sí, en las mugeres habrá de perfeccionarse á los veinte y tres el que hayan de tener. Por tanto, yo advierto aqui una inconsecuencia del derecho romano, que como otras muchas han adoptado sin el correspondiente ecsámen nuestros comentadores, y que no dejaria de reformarse en una buena legislacion: ¡escelentes testamentos se harán en la edad de doce y catorce años!) (*Nota del Febrero reformado.*)

(No son nuestros comentadores, sino nuestras leyes, las que han adoptado estas disposiciones del derecho romano; y nosotros estrañamos menos la facultad para prestar á los doce ó catorce años que la de casarse á la misma edad. Pues qué; ¿no es el matrimonio un acto de mayor trascendencia para la dicha ó desdicha del contrayente que el testamento, cuyos efectos empiezan muerto ya el testador? ¿Y no requirirá por lo mismo igual ó mayor capacidad que el segundo? ¡Escelentes matrimonios, decimos nosotros, los que se contraen á los doce y catorce años, no solo bajo el aspecto de capacidad moral, sino bajo el de la fisica!! Opinamos con el reformador que es algo prematura la edad para poder testar; pero creemos que lo es tanto mas la misma señalada para poder contraer matrimonio.)

1049 Si los hijos de familias quisieren testar de todos sus bienes en favor de otros, necesitan la licencia de sus padres, la cual pueden estos concederles en escritura separada, ó en el mismo testamento: caso de no tener bienes, pueden pedir á sus padres les señalen peculios para testar, y dispondrán de ellos si se los señalan; de lo contrario harán declaracion de pobre, espresando ser hijos de familia y no tener bienes de que disponer.

1050 Se halla igualmente privado de testar el loco mientras lo esté: pero vale el testamento que hizo antes de la locura; y aun el que formalizó durante sus lúcidos intervalos, como lo perfeccione en ellos; pues si antes de concluirlo recae en la locura, no valdrá. (Ley 13, tít. 1, Part. 6.)

(Caso de dudarse si se ha hecho ó no el testamento en los lúcidos intervalos, como puede ocurrir, por ejemplo, en el escrito privadamente por un militar, habrá de decidirse la duda por su contenido: si éste es tal cual lo habria hecho un hombre de sano juicio, se reputará hecho el testamento en los lúcidos intervalos.)

(Para anular el testamento del loco que tiene lúcidos intervalos, es menester probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que lo estaba al tiempo de su otorgamiento.) (1).

1052 Ni puede testar el pródigo á quien se prohibió judicialmente la administracion de sus bienes; pero será válido el testamento que haya ordenado antes de la interdiccion ó prohibicion judicial.

1053 Ni el mudo y sordo por naturaleza; mas si lo son por enfermedad ó accidente y saben escribir, podrán hacerlo. (Dicha ley 13.)

De consiguiente podrán hoy hacerlo aun los que lo sean por naturaleza, si saben escribir.

1054 Ni los condenados por libelos infamatorios, ni los que han sido declarados en juicio traidores ó hereges. (Ley 16, título 1, Partida 6); aunque en general los condenados por delito á muerte civil ó natural pueden testar ó dar poder á alguien para que teste de sus bienes en nombre suyo, esceptuando lo que pertenece al fisco. (Leyes 15, tít. 1, Part. 6; y 3, tít. 18, lib. 10, Novísima Recop.) (2).

1055 Los usureros manifiestos estan tambien privados de testar, sino restituyen las usuras, ó no dan fianzas de restituirlas, á menos que testen á favor de causas pías, ó no hallen quien los fie; pues como táles son infames, y no debe dárseles sepultura eclesiástica. (Leyes 9, tít. 13, Part. 1; 4, tít. 6, Part. 7; y 4, tít. 22, lib. 10, Novísima Recopilacion; cap. 2 de *Usuris* in 6, Gomez, ley 3 de Toro, número 14.)

1056 Como el disponer cada uno para despues de su muerte es de derecho público (3) y la ley no hace mencion de los escomulgados, hay opiniones diametralmente opuestas sobre si podrán ó no testar; pero en mi dictámen se debe distinguir entre los tolerados y los no tolerados.

---

(1) En las prevenciones útiles al escribano sobre esta materia se dirá lo que debe hacerse en este caso.

(2) Dificultamos que en el dia se diera fuerza por los tribunales à estas prohibiciones de la ley de Partida, trasladadas á ella del derecho romano. Si ni por la condenacion á muerte civil ó natural se pierde la facultad de testar segun la ley 3, tít. 18, lib. 10 Novís. Recop., ¿cómo podrá sostenerse ya la disposicion de la ley de Partida? Decimos mas; aun la limitacion puesta por la ley recopilada ha desaparecido despues de abolida la confiscacion, tanto íntegra como parcial. Tenemos ya dicho que no reconocemos muerte civil, y esto se halla consignado espresamente en el artículo 8 del decreto ó ley de Córtes de 9 de mayo de 1835.

(3) Es de derecho público y no privado, ya porque nadie puede testar si no se lo permite la ley, y ya porque el testamento ha de otorgarse siempre con las formalidades que previenen las leyes, y no segun el arbitirio ó capricho de los testadores, aunque no pueda dudarse de su voluntad. Sin esta breve esplicacion muchos no entenderian dichas palabras (*Nota del Febrero reformado*); pero la última nuestra es todavia de mayor fuerza en este caso por el silencio de la ley, puesto que ni aun hablando, perjudicaria despues de la ley recopilada y el artículo constitucional.

1057 Los tolerados pueden testar del mismo modo que los que no estan escomulgados, porque el Concilio Constanciense y la estravagante de Martino V, que empieza *ad vitanda scandala*, les permiten tratar con los no escomulgados y ejercer actos de jurisdiccion, de donde se infiere que podrán testar y hacer todo lo que el católico que no lo está.

1058 Los no tolerados ó vitandos no podrán testar, especialmente si permanecen mas de un año en la escomunion; pues en este caso no solo se les priva de la comunion espiritual sino tambien de la temporal, y asi nadie puede darles de comer, ni beber, saludarlos ó volverles el saludo, rogar como ministro público por ellos ni sepultarlos en sagrado, segun lo dice Santo Tomas, (suplemento de la 3 part. quest. 23, artic. 1) y estos dos versos:

Si pro delictis anathema quis efficiatur,
Os, orare, vale, communio, mensa negatur;

aunque sí puede comunicar con ellos en los cinco casos que contiene este otro verso;

Utile, lex, humile, res ignorata, necesse:

El primero cuando el escomulgado tiene necesidad de alguna cosa, ó de valerse de algun medio para salir de la escomunion.

El segundo es respectivo á la muger, que se halla obligada á tratar en lo temporal con su marido.

El tercero se refiere á los hijos y criados, que tienen igual obligacion para con sus padres y amos.

El cuarto cuando se ignora la escomunion.

Y el quinto cuando se necesita al escomulgado por razon de su facultad ú oficio, como si fuese abogado ó menestral; fuera de lo cual están absolutamente incapaces, y nada de lo que hagan les sirve mientras no se arrepientan y pidan la absolucion.

Ademas, se les tiene por sospechosos en la fé y se puede proceder contra ellos, pues dan á entender que miran con desprecio la escomunion; que la iglesia carece de potestad para segregarlos de su grey, y de consiguiente para castigarlos por contumaces; de donde parece inferirse que al modo que el herege declarado no puede testar, tampoco podrá el escomulgado vitando, porque aunque no es herege conocido ni declarado, manifiesta por su contumacia mas señales de tal que de católico (1)

1059 Los clérigos, segun derecho canónico, pueden testar de sus bienes patrimoniales, cuasi patrimoniales é industriales; pero no de los propios de la iglesia, ni de los que adquieren por razon de esta. (Cap. 9 de *testam.*, cap. *episcopi* 19, causa 12, *quæst.* 1, cap. *Placuit.* 1 *y Quicunque* 2. *eadem causa*, *quaest.* 3; cap. 7, 8, 9 y 12 *de testam.*)

1060 Sin embargo, en estos reinos de Castilla pueden testar de los adquiridos por razon de la iglesia, no menos que de los patrimonia-

---

(1) Véanse las dos notas anteriores, y ademas á Gomez, ley 5 de Toro, núm. 14, y á otros autores que cita, los cuales sostienen la opinion contraria á la manifestada aquí por Febrero, apoyándose en que el escomulgado, aun vitando, no es de los escluidos espresamente por derecho como el usurero manifiesto.

les, segun costumbre que manda observar la ley 12, tít. 20, lib. 10 de la Novís. Recop., y en virtud de ella se sucede por testamento y abintestato en todos sin diferencia, aunque los clérigos hayan sido religiosos profesos, por lo que una vez secularizados, pueden testar de sus bienes como si nunca hubieran entrado en religion.

(Así se declaró en la Sala primera de gobierno del Consejo de Castilla en 19 de mayo de 1786, con audiencia fiscal, y se libró provision en 13 de junio siguiente, con insercion de la ley citada, á instancia de don Juan Marin, religioso secularizado del órden de Mercenarios calzados, y vecino del lugar de Juanejo en la jurisdiccion de la ciudad de Granada, quien pretendió que el Consejo declarase qué facultades tenía para disponer de sus bienes, ó se la concediese para acudir á este fin á la Silla apostólica.)

1061 En esta atencion sus conventos deben devolverles los que posean por representacion suya, aunque hayan hecho renuncia á su favor, porque esta lleva embebida la condicion tácita de perseverar y morir en la religion, en cuyo concepto se debe entender formalizada, y no absoluta ni simplemente; y porque, como dejan de ser súbditos é individuos de la religion, y no los mantienen sus conventos, cesa la causa y título que tenian para poseerlos, se estingue el derecho con que se los habian apropiado, se tiene por no hecha la renuncia, y de consiguiente hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, el cual para este caso se estima como si nunca hubiera sido religioso: pues no es creible ni aun presumible que cuando hizo la renuncia, hubiese sido su ánimo otorgarla en otro concepto; á mas de que seria una donacion inmensa que está justamente reprobada.

(Por tanto ninguna razon hallo para que el convento retenga sus bienes en su perjuicio, ni para que sobre esto se le oiga en juicio ni se dé lugar á pleitos y espensas indebidas.)

(No sabemos si en alguna de las dos épocas constitucionales ha regido esta doctrina respecto de los secularizados. En cuanto á los esclaustrados en virtud del Real decreto de 24 de marzo de 1836, militaban sin duda alguna las mismas razones alegadas aquí por Febrero; pero en su lugar se les señaló una pension.)

1062 Los arzobispos y obispos suelen poseer bienes *adventicios y profecticios*. Los adventicios son los que adquieren por otra razon ó causa que la de sus obispados, beneficios, rentas ó dignidades eclesiásticas, como por industria, donacion, herencia de alguno ó cosa semejante; y de estos y de los patrimoniales pueden disponer y testar á favor de quien quisieren. (Leyes 2 y 3, tít. 21, Part. 1.)

(Profecticios son los que adquieren por sus obispados, dignidades y beneficios eclesiásticos; y aunque tienen facultad para distribuirlos entre sus parientes, amigos, criados ú otras personas, carecen de ella para dejarlos á nadie en su última voluntad.)

(Entre los prohibidos de testar cuenta Febrero á los siervos y rehenes, que nosotros habemos creido deber omitir: de los segundos trae su reformador la nota siguiente: «En el dia los rehenes asi como los prisioneros conservan todos los derechos de ciudadanos, y consiguientemente la facultad de testar, por haberse suavizado mucho las costumbres desde la formacion de las Partidas hasta el presente. Lo

mismo debe decirse de los españoles que los mahometanos y demas infieles tengan cautivos, mayormente cuando la ley 8, tít. 21, Partida 2 prohibe que ningun judío, moro, hereje ni persona alguna de otra secta pueda tener siervo cristiano. Por tanto, el cautiverio es una servidumbre de hecho y no de derecho, pudiéndose decir que aunque el cautivo español se halle en servidumbre, no es siervo.»)

(Enumera tambien Febrero entre los prohibidos de testar á los religiosos profesos; y esta doctrina no es del todo inútil aun en las circunstancias presentes, porque ecsisten aun los religiosos y religiosas profesos, aunque esclaustrados los primeros, y casi todas las segundas en los cláustros.)

(Ninguna duda hay acerca de los secularizados; éstos pueden testar, y por decreto de las Córtes de 22 de Junio de 1822, renovado en otro de 25 de Enero de 1837, estan habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima como por cualquiera otro de sucesion, bien sea extestamento ó bien abintestato. Pero acerca de los primeros no hallamos igual disposicion, y de consiguiente regirá aun para con ellos la prohibicion legal que tenian anteriormente para testar: el artículo 12 del citado Real decreto de 24 de marzo de 1836 nada hace para esta cuestion.)

(En cuanto á las muy RR. Arzobispos y RR. Obispos, creemos que si llega á tener efecto el nuevo proyecto sobre arreglo del culto y clero, habrán de ser libres para testar aun de los bienes profecticios; bien que esta facultad vendría á ser valdía é irrisoria.)

(Febrero habla largamente de los religiosos profesos de la órden militar de S. Juan de Jerusalen, que tampoco podian testar; pero serán poquísimos los que hoy puedan hallarse en este caso.)

1063 Tocante á los bienes de la iglesia, nunca se les permite enagenarlos. (L. fin. tít. 21, Part. 1.)

1064 Los peregrinos y romeros tienen facultad para testar libremente como quisieren, y el que se lo impida incurre en varias penas. (Leyes 30, tít. 1, Part. 6, y 2; tít. 30, lib. 1, Novís. Recop.)

1065 Muriendo aquellos intestados, debe la justicia del lugar en que acaece su muerte inventariar y depositar sus bienes, gastar lo preciso en su entierro, y hecho, dar cuenta al rey ó á quien le represente, para que disponga del resíduo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pías, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco. (Ley 31, tít. 1, Part. 6, y Greg. Lop. en ella; ley 5, tít. 30, libro 1, Novís. Recop.)

1066 Ademas, las justicias por donde transitaren deben ampararlos y no permitir que en sus personas ni bienes se les haga la menor estorsion ni daño, y así á ellos como á sus herederos los han de despachar con la brevedad posible. (Leyes 32, tít. 1, Part, 6 y 3; título 30, lib. 1, Novís. Recop.)

(Ciertamente que las leyes nuestras citadas son muy humanas y loables, mayormente considerándose el tiempo en que se dictaron, y que en varios estados se ha atribuido el fisco los bienes que un estranjero dejaba en ellos por su muerte, fundándose en el derecho llamado d' aubaine, por el que el estranjero era escluido de toda sucesion en el estado, ya á los bienes de un ciudadano, ya á los de otro estran-

jero; de manera que no podia ser instituido heredero ni percibir ningun legado: derecho dimanado, segun Grocio, *de los siglos en que se miraban los estranjeros casi como enemigos*, derecho que con el tiempo se ha ido templando ó aboliendo en la mayor parte de los estados cultos; y derecho que el emperador Federico II derogó el primero, *permitiendo à cuantos estranjeros muriesen en sus dominios disponer de sus bienes por testamento, ó que en caso de morir sin testar los heredasen sus prócsimos parientes.* Mas conforme á la justicia y á los deberes recíprocos de las naciones es el derecho de *Traite-Foraine ó jus-detractus*, en cuya virtud el soberano retiene una pequeña porcion de los bienes del ciudadano ó estranjero que salen de su territorio para pasar á manos estranjeras; pues siendo su salida una pérdida para el estado, bien puede recibir por esto una indemnizacion equitativa.)

(Como el estranjero permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en un pais estraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos, segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que están situados. El estranjero tiene pues por derecho natural la libertad de hacer un testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescritas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley del estado de que es miembro, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescribe, si quiere disponer válidamente de los bienes que posée en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte, porque si un viajero le hace y envia cerrado á su pais, viene á ser lo mismo que si lo hubiese escrito en este, y ha de conformarse con sus leyes.)

(Tocante á las disposiciones testamentarias debe decirse que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á las leyes del pais en que se hallan, puesto que á su soberano corresponde conceder su posesion, y deben poseerse segun dichas leyes.)

(Tampoco puede el testador estranjero disponer de los bienes muebles ó inmuebles que posée en su patria, sino conformándose con las leyes de ella; pero respecto á los bienes muebles como dinero, y otros efectos que tenga consigo, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede estenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la cualidad de ciudadano.)

(Permaneciendo el estranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano.)

(Por lo tanto un hombre que teste y muera en pais estranjero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalen las leyes de su nacion.)

(Todo lo contrario sucede en las leyes locales. Estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se estienden á mas; por lo que el testador no se halla sometido á ellas estando fuera del territorio, y no afectan ó comprenden aquellos bienes suyos que están igualmente

fuera de él. El estranjero tiene obligacion de observar estas leyes en el pais donde testa respecto á los bienes que aqui posée. Asi, un hijo de familia, á quien en su patria se prohiba testar de los bienes que tenga en ella, testará libremente de los bienes que tenga consigo, y que no están bajo la jurisdiccion de su gobierno, si muere en pais en que es permitido testar al hijo de familia; y por el contrario, un hijo de familia que puede testar en su pátria y reside en donde no se permite testar á las personas de su estado, no podrá hacerlo ni aun de los bienes muebles que alli poséa, á no ser que pueda decirse que por el espíritu de la ley se hallan esceptuados sus bienes muebles.)

(Esta doctrina de sabios publicistas nos parece la mas conforme á la razon y al derecho de gentes; pero como á pesar de ella pueden ofrecerse frecuentemente dudas y litigios, turbándose acaso por pequeñas diferencias entre particulares el reposo de las naciones, como tantas veces ha sucedido; es muy conveniente que las potencias en sus tratados estipulen con toda especificacion y claridad lo que haya de observarse recíprocamente tocante á sus súbditos que residan ó mueran fuera de su patria, ya acerca de dicha facultad de testar en cuanto á las fórmulas y lo dispositivo, ya acerca de la sucesion abintestato, previniendo entre otras cosas la entrega de los bienes de los que mueran en pais estraño sin disposicion última á sus embajadores ó cónsules para ponerlos en manos de quienes deban heredarlos; y ya acerca de los contratos y demas actos civiles ó pleitos que puedan ofrecerse. Asi es que esto mismo lo vemos observado en muchos tratados recientes que nuestro gobierno ha hecho con varias naciones, en que al mismo tiempo se halla convenido que los estranjeros protestantes ó de otra religion diversa de la nuestra, no sean molestados en manera alguna por sus opiniones religiosas, como es muy debido, siempre que respeten la que profesamos, mayormente si se hallan en España por razon de comercio, ú otros justos y útiles motivos.)

1067 El estranjero no domiciliado en el pais en que se halla, debe testar en esta forma:

Si la ley, estatuto ó costumbre del pais habla simple é indistintamente, se amplía y estiende á todos los que habitan en él, aunque no sean naturales ó vecinos, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida allí.

Pero si la ley, estatuto ó costumbre habla con cierto número de personas, solo deberán ceñirse á ella las que menciona; porque en lo respectivo á la solemnidad del juicio siempre y únicamente se atiende al lugar donde se celebra el acto; así como en lo concerniente á la sustancia y decision de la causa se mira al lugar y fuero del actor, pues la ley no puede legitimar la persona del que no es súbdito suyo.

1068 Si el estranjero está domiciliado, y tiene bienes en el pueblo de su domicilio y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de aquel, y de estos conforme á las de esta, y no de todos de un modo; porque la ley ó estatuto no puede estender sus efectos fuera de los límites á que se estiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes sitos fuera de ellos ni á persona que no es en aquella parte súbdito suyo.

1069 Esta misma doctrina ha de seguirse en cuanto á testar ó

no el hijo de familias, natural ó estranjero, haya de morir dentro ó fuera de su patria, con bienes en su pais y en otro estraño.

1070 Lo mismo y por idéntica razon deberá observar el testador, aunque no sea estranjero, si posée bienes en provincia que se gobierna por algun fuero especial ó municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña; pues con arreglo á éste y á las leyes del pueblo en que testa se han de partir los bienes que en cada parte tenga.

1071 Y si el estranjero está naturalizado, el rescripto de naturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar, porque el príncipe como legislador puede dispensarle de que teste de ambos modos de los bienes sitos en sus dominios.

(Puesto que el reformador de Febrero tuvo por conveniente hablar en una larga nota del derecho d' aubaine, y con alguna confusion sobre la fuerza de las leyes en materia de testamentos, asi en cuanto á las solemnidades cuando se otorga en el estranjero, como en cuanto á los bienes sitos en lugares de diferente legislacion, y á la capacidad ó incapacidad del testador; en igual caso, nos será tambien permitido hacer alguna digresion y presentar á nuestros lectores lo que sobre uno y otro punto se halla dispuesto en la legislacion francesa: hay en ella tanta concision y claridad, los motivos de su disposicion son de tan notoria equidad y conveniencia pública, que pueden servir de regla y pauta á todos los legisladores.)

(El artículo 11 del Código civil dice asi: «Todo estranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles que los que están ó serán concedidos á los franceses por los tratados de la nacion á que pertenezca el estranjero.»)

El consejero de Estado Treilhard, al desenvolver los motivos de esta disposicion ó artículo, se esplica en los términos siguientes:

"El estranjero que no deja su suelo natal, gozará tambien en Francia de la totalidad ó de una parte de los derechos civiles. ¿Se le admitirá sin restricciones, sin condiciones? O mas bien, ¿no se debe adoptar la regla de una justa reciprocidad, restringiendo los derechos de un estranjero á los que un francés puede gozar en el pais de este mismo estranjero?»

"Esta cuestion ha sido agitada tan frecuente y profundamente, que es difícil ilustrarla mas en su discusion; y sea cualquiera el partido que se abraze, podrá siempre apoyarse en grandes autoridades y en grandes antecedentes."

"Los que quieren conceder á los estranjeros una participacion total y absoluta de nuestros derechos civiles, buscan el orígen del derecho d' aubaine en el de feudalidad, y miran la entera supresion de este derecho como una consecuencia necesaria de la abolicion del régimen feudal. Segun ellos, la supresion de este derecho es reclamada por el interés nacional con no menos fuerza que por la barbarie de su orígen. Aun el gobierno antiguo habia reconocido la necesidad de proscribirle en una multitud de tratados, que por lo menos modificaron su rigor; no pudiendo ocultársele que el tal derecho no podia ya subsistir desde que el comercio habia estrechado á todos los pueblos por los vínculos de un interés comun. Tal ha sido (dicen los mismos), la opinion de los mayores publicistas: Montesquieu habia denunciado á

todas las naciones el derecho d' aubaine como un derecho *insensato*, y la asamblea constituyente, foco de todas las luces y centro de todos los talentos, habia pronunciado su abolicion íntegra y absoluta, sin condicion de reciprocidad, como un medio de que todos los pueblos llegaran con el tiempo á disfrutar el beneficio de una fraternidad universal."

"El proyecto de destruir las barreras que separan todos los pueblos, de amalgamar todos sus intereses, de no formar, si es permitido esplicarse asi, mas que una sola nacion en todo el globo, es sin duda una concepcion tan atrevida como generosa: pero los que han sido capaces de ella, ¿han visto por ventura los hombres tales como son en sí, ó mas bien tales como ellos querrian que fuesen?"

"Consultemos la historia de todos los tiempos, de todos los pueblos, y sobre todo fijemos nuestra vista en lo que nos rodea. Si se hicieron tantos y tan penosos esfuerzos, y las mas veces sin fruto, para mantener la armonía en una sola nacion, en una sola familia, ¿podemos esperar razonablemente la realizacion de una armonía universal? ¿y el mundo moral debe estar mas que el mundo físico, al abrigo de los huracanes y de las tempestades?

"En lugar de entregarse á las ilusiones casi siempre engañosas de las teorías, ¿no vale mas hacer leyes que puedan aplicarse á los caractéres y genios que conocemos? La admision indefinida de los estranjeros puede tener algunas ventajas; pero tambien sabemos por demas, que no se enriquece siempre un pueblo con las pérdidas ó deserciones de sus vecinos, y que un enemigo puede hacer algunas veces presentes bien funestos. Por lo menos será forzoso convenir en que el principio de la reciprocidad, como consecuencia de los tratados, tiene la ventaja bien positiva que suspendiéndose los tratados por el solo hecho de la declaracion de guerra, cada pueblo vuelve en estos momentos críticos á quedar en libertad de tomar el interés del momento por única regla de su conducta."

¿Y por qué dariamos nosotros á nuestros vecinos privilegios que ellos se obstinasen en negarnos? Se nos dice que será siempre útil atraer á nuestro suelo estranjeros ricos por sus posesiones, talentos é industria; convengo en ello: ¿pero vendrán á nuestro suelo esos opulentos y preciosos estranjeros, si por el solo hecho de establecerse en Francia vienen á quedar enteramente estranjeros para su pais natal; si no pueden aspirar al título de franceses sin sacrificar todos sus derechos adquiridos ó eventuales en su patria, porque ella nos niega las ventajas de la reciprocidad, y persiste en mirar á los franceses como estranjeros? Asi, pues, repito que desconfiemos de las teorías por brillantes que parezcan, y consultemos antes bien la esperiencia."

"Cuando el antiguo gobierno francés anunció su intencion de suprimir ó al menos de suavizar los derechos d' aubaine para con los pueblos que adoptasen sus principios, varios gobiernos se apresuraron á tratar con la Francia, y asegurarse por un justo retorno ó reciprocidad el beneficio de la supresion ó modificacion del derecho d' aubaine; porque el interés es la medida de los tratados entre los gobiernos, como lo es de las transacciones ó convenios entre particulares."

"Pero desde la abolicion absoluta del derecho d' aubaine por parte de la Francia, ni uno solo de los pueblos que habian tratado

antes con ella ha cambiado su legislacion. Como no tenian ya necesidad de hacer participar á los franceses del goce de los derechos civiles para obtener la misma participacion en Francia, han mantenido en este punto contra los franceses toda la severidad de su legislacion; de modo que es ya cosa averiguada que, si el interés general de los pueblos reclama efectivamente la entera abolicion del derecho d' aubaine, es menester, en obsequio de este mismo interés, establecer una ley de reciprocidad, porque ella sola puede traer el gran resultado que se desea."

"¿Será necesario despues de lo dicho responder á las autoridades? Montesquieu ha calificado de insensato el derecho d' aubaine; pero Montesquieu, en la frase que se cita, puso en una misma línea los derechos de naufragio y los d' aubaine, y á los dos llamó igualmente insensatos. Hay sin embargo gran distancia del derecho bárbaro de naufragio que, castigando el infortunio como un crímen, confiscaba los hombres y las cosas arrojadas á la playa por la tempestad, al derecho d' aubaine fundado sobre el principio (erróneo si se quiere, pero al menos en ninguna manera atroz) del goce esclusivo de los derechos civiles en favor de los nacionales."

"Por otra parte, ¿ha pretendido acaso el mismo Montesquieu que una nacion sola debia apresurarse á proclamar en ella la abolicion absoluta del derecho d' aubaine, cuando este derecho se hallase establecido y conservado en todos los otros pueblos? Montesquieu sabia demasiado bien que ciertas instituciones que en sí mismas no son buenas pero que trascienden ó reflejan sobre otras naciones, no pueden ser abolidas en un pueblo solo, sin comprometer su prosperidad, mientras que exista entre los estranjeros una especie de conspiracion para conservarlas."

"El régimen de las aduanas ha sido tambien juzgado severamente por hombres graves que deseaban la caida ó desaparicion de todas las barreras. ¿Se inferirá de esto que un solo pueblo haria un grande acto de sabiduria suprimiendo repentina y absolutamente el régimen de las aduanas? ¿Y no es por el contrario mas conveniente empeñar á las otras naciones á facilitarnos el uso de las producciones de su suelo que pueden sernos útiles, por la libre comunicacion que podemos darles de las producciones francesas de que tengan necesidad?"

"Todo el mundo conviene en que una fuerza ó estado militar escesivo es una carga para los pueblos; mas cuando esta fuerza ó estado militar, por grande que pueda ser, no es sino proporcionado al estado militar de las naciones rivales, ¿daria grande opinion de su prudencia el gobierno que sin consultar las disposiciones de estas, redugese su fuerza al pie en que deberia estar, si él no tuviera vecinos ni rivales?"

"Una institucion puede no ser buena, y sin embargo su supresion absoluta puede ser peligrosa, y este es precisamente el caso de recordar aquella máxima trivial que *lo mejor es frecuentemente enemigo del bien.*"

"¡La asamblea constituyente pronunció la abolicion del derecho d' aubaine! Yo conozco todo el peso de esta autoridad: ¿pero quién

se atreverá á decir que la asamblea constituyente, recomendable á la posteridad por tan grandes recuerdos, no traspasó alguna vez la medida justa, cediendo á ideas filantrópicas que todavía no podian ser reguladas por la esperiencia? Y sin salir del objeto que nos ocupa, el llamamiento hecho por la asamblea constituyente á las otras naciones ¿fué acaso oido y correspondido por ellas? ¿Hubo una sola que respondiese? Por el contrario, ¿no han conservado aquellas todas sus reglas sobre el derecho d' aubaine? Concluyamos pues de esto que si la asambla constituyente ha querido preparar la abolicion total del derecho d' aubaine, el medio mas seguro de realizar aquel pensamiento liberal es admitir la regla de la reciprocidad, que puede traer con el tiempo los otros pueblos, por la consideracion de sus intereses, á consentir igualmente en la abolicion de aquel derecho."

En cuanto al segundo punto de la nota nos parece que el reformador fué mucho menos feliz y claro que el mismo Febrero, como se echa de ver comparando la doctrina de este con aquella.

Nosotros habemos tocado ya esta materia en los núms. 11, 12 y 39 al 45; pero la importancia de ella, nos servirá de disculpa si tomamos del mismo código francés reglas mas concisas y luminosas, que sobre ser conformes á la recta razon en general, guardan tambien armonía con el fondo de nuestras leyes, aunque la redaccion ó espresion de estas sea algo menos feliz.

El artículo 3 del dicho código está concebido en los términos siguientes:

«Las leyes de policía y seguridad obligan á todos los que habitan el territorio."

"Los bienes inmuebles, aun los poseidos por los estranjeros, son regidos por la ley francesa."

"Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, rijen á los franceses, aunque residan en pais estranjero."

En la esposicion de los motivos de este artículo se esplica asi el célebre y respetable Portalis.

"*Leyes de policía y seguridad.*=Todas las leyes, aunque emanadas del mismo poder, no tienen el mismo carácter, ni pueden por consecuencia tener la misma amplitud en su aplicacion, es decir, los mismos efectos: ha sido pues preciso distinguirlas."

"Hay leyes por ejemplo, sin las cuales no puede subsistir un estado; tales son las que mantienen su policía, y velan por su seguridad."

"Nosotros declaramos que leyes de tanta importancia obligan indistintamente á todos los que habitan el territorio.

"Bajo este aspecto no puede haber diferencia alguna entre ciudadanos y estranjeros."

"Un estranjero viene á hacerse un súbdito casual de la ley del pais por el que pasa ó en el que reside. En el curso de su viage, ó en el tiempo mas ó menos largo de su residencia, él es protegido por esta ley, y debe á su vez respetarla. La hospitalidad que se le dá, llama y fuerza su gratitud."

"Por otra parte, cada estado tiene el derecho de velar sobre su conservacion, y este derecho es el que constituye la soberanía. Sien-

do esto así, ¿cómo podría un estado conservarse y mantenerse si ecsistieran en su seno hombres que pudieran infringir impunemente y turbar su tranquilidad? El poder soberano no podría alcanzar el fin para que ha sido instituido, si algunos estranjeros ó nacionales fueran independientes de este poder, que no puede ser limitado ni en cuanto á las cosas, ni en cuanto á las personas, porque viene á ser nada cuando no es todo. La calidad de estranjero no puede ser una escusa ó escepcion legítima para el que se prevalece de ella contra el poder público que rige el pais donde reside. Habitar el territorio es someterse á la soberanía. Tal es el derecho político de todas las naciones."

"Aun cuando no se consulte sino el derecho natural, todo hombre puede rechazar la violencia por la fuerza. ¿Y cómo podria negarse á las grandes sociedades contra un estranjero perturbador del órden este derecho que se reconoce á todo individuo? Millones de hombres reunidos y formando un cuerpo de estado, ¿podrian ser despojados del derecho de la defensa natural, que es sagrado en la persona del mas pequeño de los individuos?"

"Asi, en todas las naciones los estranjeros que delinquen son juzgados por los tribunales del pais."

No hablamos de los embajadores, porque lo concerniente á ellos se rije por el derecho de gentes y por los tratados. (Véanse los números 43 y 44).

"*Leyes personales.*=Siempre se ha hecho distincion entre las leyes relativas al estado y capacidad de las personas y entre las que arreglan la disposicion de los bienes: las primeras son llamadas personales, las segundas reales."

"Las leyes personales siguen á la persona donde quiera que se halle. Asi, la ley francesa sigue con ojos de madre al francés hasta en las regiones mas lejanas; le sigue hasta en los confines ó estremidad del globo."

"La calidad de francés, como la de estranjero, es obra ó de la naturaleza, ó de la ley. Uno es francés por naturaleza, cuando lo es por su nacimiento, por su orígen. Lo es por la ley, cuando llega á serlo llenando todas las condiciones que prescribe la ley para borrar todos los vicios del nacimiento ó del origen."

"Pero basta ser francés para ser regido por la ley francesa en todo lo que concierne al estado de la persona."

"Un francés no puede eludir ó burlar las leyes de su pais, yéndose á contraer matrimonio en pais estranjero antes de los 25 años. Citamos este ejemplo entre mil otros parecidos, para dar una idea de la estension y fuerza de las leyes personales."

"Las naciones, despues de los progresos del comercio y de la civilizacion, tienen entre sí muchas mas relaciones que las que en otros tiempos tenian. La historia del comercio es la historia de la comunicacion de los hombres. Es por lo tanto ahora mas importante que nunca fijar la máxima que en todo lo que mira al estado y capacidad de la persona, el francés, donde quiera que se encuentre, continúa en ser regido por la ley francesa.»

"*Leyes reales.*=Las leyes que arreglan la disposicion de los bienes, son llamadas reales: estas leyes rigen los inmuebles, aun cuando son poseidos por estranjeros."

"Este principio deriva de lo que los publicistas llaman *dominio eminente del soberano.*"

"No hay que equivocarse sobre las palabras *dominio eminente*; seria un error deducir de ellas que cada estado tiene un derecho universal de propiedad sobre todos los bienes de su territorio."

Las palabras *dominio eminente* no espresan sino el derecho que tiene el poder público de regular la disposicion de los bienes por medio de leyes civiles, de imponer sobre ellos contribuciones proporcionadas á las necesidades públicas, y de disponer de estos mismos bienes para algun objeto de utilidad pública, indemnizando á los particulares que los poséen."

"La propiedad pertenece al ciudadano; el imperio al soberano. Tal es la máxima de todos los paises y de todos los tiempos; pero las propiedades particulares de los ciudadanos reunidas y contiguas, forman el territorio público de un estado; y relativamente á las naciones estranjeras, este territorio forma un solo todo, que está bajo el imperio del soberano ó del estado. La soberanía es un derecho real y personal juntamente. Por consecuencia, ninguna parte del territorio puede ser sustraida de la administracion del soberano, así como ninguna persona que habita el territorio, puede ser sustraida de su autoridad y vigilancia."

"La soberanía es indivisible, y cesaria de serlo, si las porciones de un mismo territorio pudieran ser regidas por leyes que no emanasen del mismo soberano."

"Está pues en la esencia de las cosas que los inmuebles, cuya reunion forma el territorio público de un pueblo, sean regidos esclusivamente por las leyes de este mismo pueblo, aunque una parte de los inmuebles pueda ser poseida por estranjeros. (Véase núm. 11.)"

Esta misma doctrina y disposicion sobre los inmuebles se confirman en el artículo 1000 del mencionado código, al paso que en el anterior se ordena que el testamento que haga por acto público un francés residente en el estranjero, debe estar revestido de las formas ó solemnidades acostumbradas en el pais donde se hace.

(Conviene ver la ley 18, tít. 20, lib. 10, Novis. Recop., pues aunque aparece especial para la mútua sucesion de los bienes entre súbditos españoles y sardos, consagra principios generales que no dudamos habrán sido adoptados recíprocamente en igualdad de caso por todos y para todos los gobiernos.)

(Por el primer artículo se les declara en las sucesiones el mismo favor que á los súbditos y naturales, quedando sujetos á las mismas leyes, formalidades y derechos que estos.)

(Por el segundo se les liberta en los bienes que hereden ó se les donen de todo derecho bajo el título de deduccion, ó con otro cualquier nombre; y que, si prefieren continuar poseyéndolos, no se les exigirán otros derechos que aquellos á que estan obligados los propios súbditos y naturales del pais en que se hallaren dichos bienes. Se vé, pues, que por este artículo se quiso desterrar hasta la sombra y vestigio del derecho d' aubaine, y se sentó el principio de que los bienes son regidos por las leyes del pais en que estan sitos, y quedan sujetos á todas las contribuciones, como cargas inherentes al suelo.) (Véase artículo 40.)

(En el cuarto se dispone que cuando se suscitaren algunas contestaciones sobre la validacion de un testamento ó de otra disposicion, se decidirán por los jueces competentes, conforme á las leyes, estatutos y usos recibidos y autorizados en el parage en donde dichas disposiciones se hiciesen; de suerte, que si estos actos llevasen las formalidades y condiciones requeridas en el lugar donde se ejecutasen, tendrán igualmente todo su efecto en los estados de la otra potencia, aun cuando en ellos estén semejantes actos sujetos á mayores formalidades, y á reglas diferentes de las que rigen en el pais en que se han hecho.)

(En este artículo se reconoce y sanciona la doctrina que dejamos sentada en el núm. 11, y tiene aplicacion no solo cuando se trata de testamento hecho en pais estranjero, sino en territorio español regido por diferente legislacion; en Navarra, por ejemplo, y Cataluña, no se requieren para los testamentos las mismas solemnidades que en Castilla: ademas, esta doctrina alcanza á todos los instrumentos, y no se limita precisamente á las últimas voluntades.)

1072 Si el que tiene prohibicion de testar impetra licencia del rey (1) para hacer testamento, y en su virtud le ordena conforme á derecho, valdrá del mismo modo que el otorgado por el capaz; y si le pide la merced de que se halle presente al otorgamiento y se la concede, será válido, aunque nadie mas concurra. (Ley 5, tít. 1, Partida 6.) (Véase la nota al núm. 1011.)

1073 No es necesario que la licencia para testar preceda al testamento, y bastará que la obtenga despues, en atencion á que con ella se corrobora, pues como no tiene fuerza ni se perfecciona hasta que el testador fallece, es suficiente que en este tiempo se halle hábil el que le hace; y la licencia que se obtiene antes de la perfeccion del testamento, le confirma, porque se retrotrae al tiempo pasado en que se otorgó. (Ley 6, §. 6, vers. *Qua ratione* Dig. *de injusto*, sup. *testam*, arg. lex 30 in fin; Dig, *de Legat* 1 *verb. Legat.*)

Llegado un caso práctico, no pasaria esta doctrina sin contradiccion y sin litigio. Le obsta la famosa regla llamada entre los romanos Catoniana: *lo que fué nulo en su principio, no puede convalecer por el trascurso del tiempo*; el testamento hecho por un impúbero, no convalece porque este muera en la pubertad ó despues de ella sin haberlo variado.

1074 Todo el que impidiere á otro hacer testamento, pierde sus derechos á los bienes del difunto y los adquiere la cámara del rey. (Ley 26, tit. 1, Part. 6.) Pero no se entiende la disposicion anterior con el que sin fuerza alguna y solo con buenas palabras, indujo á otro á no hacer testamento. (Ley 27, tit. 1, Part. 6.)

1075 El que por fuerza ó dolo hiciere que uno no deje á otro en testamento lo que tenia intencion de dejarle, debe pagarle el duplo de lo que perdió ó dejó de adquirir por esta causa. (Ley 29.)

---

(1) No siendo hoy el príncipe único y esclusivo legislador, no podrá por sí solo conceder esta dispensa.

SECCION IX.

Advertencias útiles al escribano en la estension de testamentos.

1076 En el testamento se ha de espresar la naturaleza y filiacion del testador, no porque sea indispensable para su filiacion, sino para que en vista de ellas puedan sus descendientes y consanguíneos hacer las pruebas que les convengan.

1077 Ha de contener tambien el testamento la invocacion divina, protestacion de la fé, señalamiento de sepultura, encargo de misas, mandas forzosas, nombramiento de testamentarios y revocacion de otras disposiciones anteriores; pero aunque carezca de ésto, no dejará de ser testamento.

1078 La protestacion de la fé, aunque es un acto de religion y muy santo, como sirve únicamente para acreditar que el testador es cristiano, y que debe dársele sepultura eclesiástica, se puede subsanar en caso de duda con informacion de ello ó certificacion de su párroco, asi como cuando muere intestado.

1079 No espresándose por el testador donde ha de enterrarse, se hará en su parroquia, si no tiene sepultura fuera de ella; siendo de advertir que cada uno puede elegir la que quiera, aunque esté bajo la patria potestad, como no sea pupilo (cap. 1 *de sepult.*, cap. 2, cap. 4, y cap. fin. cód. tit. in 6), y aunque sea muger casada, y se oponga á ello su marido, pues para testar y disponer lo concerniente á su última voluntad, no necesita su licencia. (Cap. 7 *de sepult.*; Parlad., *differ.* 66, § 1 y 3.)

1080 Si nada dice el testador de misas ni pompa fúnebre, mandará el heredero celebrarlas, y hacer la segunda, habida consideracion á la calidad, fortuna del testador y la costumbre del pais.

1081 En caso de omitirse las mandas forzosas, se pagará lo que se acostumbra. Sino nombra testamentarios, cumplirá el heredero como testamentario legal lo que harian aquellos caso de haber sido nombrados, y no cumpliendo, le apremiará á ello el Obispo como ejecutor que es por derecho de las últimas voluntades pías. (Cap. 3 y capítulo 6 de *Testam.*, Concil. Trident., Sess. 22, cap. 8 de *Reform.*)

(Es cierto que los Obispos por medio de sus visitadores se informan del cumplimiento de las disposiciones pías de los testamentos, el cual tienen los interesados que acreditar en las visitas con los documentos correspondientes; pero sobre apremiar al heredero para que lleve á ejecucion lo dispuesto en el testamento, véase la ley 16, tit. 4, lib. 5 (hoy 14, tit. 20, lib. 10, Novísima Recopilacion) citada en otro lugar por el mismo Febrero, y póngase principalmente la atencion en las siguientes palabras; « Y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces.» (*Nota del Febrero Reformado.*) Sobre este punto puede verse al señor Conde de la Cañada en el capítulo 2.º de los recursos de fuerza.)

1082 Por lo que hace á la revocacion, en ningun modo es necesaria no habiendo formalizado el testador otro testamento; y si ha hecho dos, como no tenga herederos forzosos, y ambos contengan

nombramiento de heredero, se dividirá la herencia entre todos los instituidos, ó se disputará quien lo ha de ser. (Véase mas adelante la seccion sobre revocacion del testamento.)

Pero aunque rigorosamente hablando, nada de esto sea preciso y de sustancia para la validacion del testamento, y que puede enmendarse en los términos propuestos, prevéngalo el escribano al testador para que no lo omita; bien que, por no prevenírselo, no incurrirá en pena, pues no la hay establecida.

1083 Puede contener á mas de lo espuesto legados ó mandas voluntarias, mejoras, declaraciones, consignaciones, sustituciones de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relevacion de fianzas ó sin ella, ó el poder para nombrarlos, segun se dirá cuando se trate del poder para testar.

(Aqui inserta Febrero fundaciones de vínculos, agregaciones de bienes á ellos, capellanías &c. que hoy no puede ya contener el testamento. Con motivo del nombramiento del tutor habla tambien en este lugar de quiénes, á quiénes y cómo pueda darse en testamento: lo suprimimos por estar ya dicho en el título de tutelas. Aun respecto del poder para nombrar tutor, está equivocada en el Febrero reformado la remision al §. 15, debiendo ser al 14 donde trata del poder para testar. Pero (salvo el respeto debido á esta autoridad) nos parece dudosa su doctrina, porque las leyes allí citadas no hablan de facultad para dar tutor, y si quiere sacarse argumento del nombramiento del heredero al del tutor, téngase presente que aun en el caso de las indicadas leyes (que es el de darse facultad para testar) ha de hacerlo por sí mismo el testador.)

1084 Puede asimismo el testador dividir sus bienes entre sus hijos, aplicándoles á su arbitrio los que quiera. (Leyes 9, tít. 15; y 6, 7 y 8, tít. 16, Part. 6.)

(Estas leyes estan tomadas del Derecho Romano, y nunca podrán perjudicar á los hijos en su legítima.)

1085 Puesta la cabeza del testamento con la invocacion y protestacion dichas, encomendará el testador su alma á Dios que de la nada le crió, y el cuerpo á la tierra de que le formó; señalará sepultura para su cadáver, (cuyo entierro ha de ser en la parroquia en que vivia al tiempo de su muerte, ley 5, tít. 13, Part. 1, y sin perjuicio de los derechos de esta, en donde quiera); espresará las misas que por su intencion y para descargo de su conciencia se han de celebrar, en dónde y la lismona de cada una; como tambien con que hábito ó traje ha de ser amortajado su cadáver, y la forma ó disposicion de su entierro, hora y acompañamiento; ó bien dejará todo lo dicho á arbitrio de su heredero ó testamentarios, segun le parezca.

(La cuarta parte toca á su parroquia, en donde hay costumbre de llevarla, como en esta córte, y asi la exigirá aquella de todas las que deje en disposicion testamentaria, aunque el testador mande lo contrario, y ademas ocho maravedís de cada una por la cera, oblata y derechos de colecturía, segun la constitucion 2 de este arzobispado, título 6, *de testamentis*, lib. 3, escepto de las misas votivas.

1086 Para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen y Tierra Santa, redencion de cristianos cautivos y demas mandas forzosas,

en las que se comprenderá el casar huérfanas, legará treinta y seis maravedís ó lo mas que quisiere; y si ordena sus testamento en esta Córte, ó en algun lugar de los comprendidos en las ocho leguas de su contorno, debe acordarse de los hospitales reales de ella, legándoles á lo menos cuarenta y ocho maravedís para la curacion de los pobres enfermos, sin cuyo requisito no autorizará el escribano el testamento de los seculares, pues de lo contrario se le hace cargo en la visita: si el testador es eclesiástico, cumple el escribano con recordarle que ejercite esta caridad, y dar fé de ello, lo que tendrá presente para no incurrir en pena.) (Real órden de 11 de diciembre de 1750, mandada observar por el Consejo en el mismo año, y posteriormente en 17 de octubre de 1757.)

(Entre las mandas pias forzosas la mas reciente era la de guerra, establecida en la llamada de la Independencia á favor de las viudas é hijos de los que murieron por aquella noble causa. Tal vez se refiera á ella la partida de 427,679 rs. vn. que con el nombre de manda pia forzosa figura en el presupuesto de ingresos de 1835.

1087 El órden que se ha de seguir en la estension del testamento, es el siguiente:

1.º Se pondrá la invocacion divina y protestacion de la fé.

2.º Encomendará el testador su alma á Dios; y espresará con que hábito ó traje ha de ser amortajado su cadáver, y la disposicion de su funeral ó entierro.

3.º Dirá qué número de misas ha de celebrarse por su alma, en dónde, y su limosna.

4.º En otras cláusulas se harán las mandas forzosas y pias, las graciosas ó profanas, las mejoras, fundaciones, remisiones, declaraciones y nombramiento de tutores y testamentarios.

5.º En otra la institucion de herederos y sustitutos.

6.º En la última se pondrá la revocacion de otras disposiciones anteriores; pero se previene que el órden aqui indicado no es preciso para la validacion del testamento.

TITULO IX.

Del nombramiento ó institucion de herederos.

1088 Entre las cosas, que como base y piedra angular debia contener por derecho antiquísimo el testamento, era una la institucion de heredero, que, como su cabeza ó raiz, debia preceder à los legados y á todo el resto de su contenido, porque de lo contrario se irritaba ó anulaba.

1089 Despues se estableció que constase precisamente de ella para su validacion, mas no que se pusiese precisamente por cabeza; de manera que, conteniéndola, fuese al principio, al medio ó al fin, no se invalidaba. (Proemio del tit. 3, Part. 6.)

1090 Mas al presente con arreglo á una ley recopilada (la 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov.) que está en observancia, aunque el testamento carezca de la institucion de heredero, si consta de la solemnidad legal, valdrán las mandas, mejoras y todo lo demas que contenga, siendo conformes á derecho, y se estimará como codicilo ó última voluntad.

(En vista de lo que previene la citada ley 1, tit. 18, lib. 10, Novísima Recop., es una sutileza vana y ridícula decir que en el presente caso no vale el testamento como tal, sino como codicilo ó última voluntad. El testamento sin institucion de heredero es un verdadero y válido testamento una vez que la ley no ecsije esta formalidad. (*Nota del reformador de Febrero*) cuya solidez y claridad no necesitan esforzarse.)

1091 De consiguiente, no incurrirá en pena el escribano por autorizar el testamento sin que contenga institucion de heredero, como piensan algunos ignorantes; pues á mas de que ninguna ley se lo impone ni se lo prohibe, si el testador no quiere nombrarle, para que le hereden sus parientes abintestato, ó por otros motivos, ¿cómo podrá el escribano precisarle á ello? No sé en qué se apoyan los que asi lo afirman. El escribano cumple con el fuero interno, previniéndoselo para evitar á sus herederos el perjuicio de gastar en la legitimacion de sus personas, á fin de que se les declare por tales; y si á pesar de esto no quisiere el testador nombrar heredero, no deje por ello el escribano de autorizar el testamento, pues valdrá y se observará en todo lo que contenga y sea arreglado, mayormente cuando solo es de su inspeccion hacer lo que el testador le ordena, siempre que no se lo prohiba el derecho.

(Convenimos en que el escribano hará mejor en prevenírselo asi al testador, y dudamos que haya habido escribano que no lo haya hecho; pero no podemos reconocer que en el fuero interno tenga obligacion

de hacerlo: si la ley no se la impone, y esta materia es pura, omnímoda y esclusivamente civil, ¿de dónde ó por qué la ha de tener en el fuero interno?)

SECCION I.

Qué sea heredero, su etimología y especies.

1092 Se llama y es *heredero* el que despues de la muerte de alguno le sucede por testamento ó abintestato en sus bienes, y se apodera y dispone de ellos á su arbitrio como dueño propietario. (Ley 1, tit. 3, Part. 6.)

(Habria mas propiedad y concision diciendo: «el sucesor universal de otro por ley ó por última voluntad.»)

1093 La palabra *heredero* se deriva, segun algunos, de la latina *herus*, que significa amo ó señor, ó segun otros, del verbo *hæreo*, que significa estar junto ó pegado á otro, porque el heredero está próximo al que hereda, como su pariente ó muy amigo; pero hasta que acepta la herencia ó entra en ella, ó hace actos de heredero, no lo es, ni debe llamarse asi, aunque por tal esté instituido.

1094 De consiguiente, los herederos se dividen en testamentarios y legítimos ó abintestato.

1095 *Herederos testamentarios* se llaman los que el testador nombra por tales (sean ó no consanguíneos) para que le sucedan en todos sus bienes, acciones y derechos.

1096 *Herederos abintestato* son los parientes mas cercanos del difunto que no hizo testamento, y si lo hizo, no fue arreglado á derecho, ó aunque lo fuese, se rompió ó irritó despues por el nacimiento de algun hijo, de quien no hizo mencion en él, ó por otro motivo; los cuales herederos solo por disposicion legal le suceden en todos sus bienes y derechos, y en esta atencion se llaman tambien legítimos como los forzosos.

(Si el testador tiene un hijo despues de otorgada su última disposicion en la que no fué instituido de modo alguno, percibirá este su legítima, valiendo aquella en todo lo demas. Asi, pues, decir que se rompe ó irrita el testamento por el nacimiento de algun hijo, es hablar con mucha impropiedad, en la cual no incurrió el emperador Justiniano (Rubr. Ist. *de exhæred. liber.*) que, preferida la hija y los nietos de hijo, no era nulo el testamento, sino que *se les daba el derecho de acrecer á cierta porcion*, como si (segun añade Vinnio) fuesen nombrados y aumentasen el número de los herederos. (*Nota del Febrero reformado.*) No tenemos por justa y bien aplicada esta censura: en derecho romano, y aun segun nuestras leyes de Partida, por el nacimiento de un póstumo se rompia el testamento: el caso de la madre ó abuelo era una escepcion segun el primero, y asi lo enseña Vinnio; mas adelante emitiremos nuestra opinion sobre este punto.

1097 Los herederos testamentarios se subdividen nuevamente en *forzosos* y *voluntarios*.

1098 Son herederos forzosos aquellos á quienes se debe porcion legítima, y así el testador tiene que instituirlos precisamente por sus he-

rederos, no habiendo causa legítima para desheredarlos; de modo que no siendo instituidos, podrán romper y anular el testamento en cuanto á la institucion por la pretension ó silencio que acerca de ellos guardó el testador.

1099 Subdivídense tambien los herederos testamentarios en herederos *de primer grado*, y herederos *de segundo ó ulterior grado*; estos últimos son llamados sustitutos.

1100 Igualmente se subdividen en *fideicomisarios*, *usufructuarios y propietarios*: fideicomisarios son aquellos á quienes el testador deja por sus herederos para que incontinente, ó al tiempo que se les prefine, entreguen precisamente la herencia á la persona que les nombra.

1101 Suele tambien el testador nombrarlos por herederos con el título de fideicomiso; dejar á su alma por heredera sin que suene en el testamento, y encargar al fideicomisario, bajo de sigilo natural, el modo de descargar su conciencia y distribuir sus bienes, prohibiéndoles su revelacion, y á cualesquiera jueces y personas que les pidan cuenta de su inversion, y mandando que en caso de que alguno se entrometa, ó quiera entremeterse, no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente.

1102 Herederos usufructuarios son los que instituye el testador para que gocen del producto de sus bienes, ó hagan uso de estos por el tiempo de su vida ú otro que señale, despues del cual ha de consolidarse el usufructo con la propiedad, y pasar á otros que se llaman herederos propietarios (1).

SECCION II.

Quiénes pueden ó no ser instituidos herederos.

1103 Se ha dicho en el proemio de este título que para que valga el testamento, no es ya necesaria la institucion de heredero (Ley 1, título 18, lib. 10, Novís. Recop.), y que aun faltando este requisito, subsistirán las mandas, mejoras y todo lo demas que aquel contenga.

1104 Pueden ser instituidos herederos todos los que no tienen prohibicion legal de serlo.

1105 La prohibicion puede ser absoluta, es decir, para con todos los testamentos y testadores; ó parcial y respectiva, que solo comprende ciertos testamentos y testadores.

1106 Tienen prohibicion absoluta para ser nombrados herederos:

1.° Los desterrados para siempre, que en latin se llaman *deportados*.

2.° Los condenados á trabajos perpétuos en las minas de los metales del Rey, aunque se les pueden dejar legados.

3.° Los hereges y los apóstatas.

4.° Las cofradías, colegios ó asociaciones que se hubiesen formado contra leyes y contra la voluntad del Rey. (Ley 4, tit. 3, Part. 6.)

---

(1) Véase el título del usufructo: nos parece impropia é inútil la subdivision de herederos en usufructuarios y propietarios.

(Nuestras leyes de las Partidas, copia fiel en su mayor parte de las romanas, tomaron tambien de estas lo relativo á la capitis-minucion, ó séase cambio y mengua de estado. Se lée pues en las leyes 2 y 3, título 18, Part. 4, todo aquello de servidumbre de pena ó siervos de la ley, de la deportacion perpétua á alguna isla con pérdida de todos los bienes, y hasta de la relegacion. Las dos primeras condenaciones constituian al condenado en el caso de verdadera muerte civil: de consiguiente no podian adquirir; pero habemos ya citado en la nota del número 588 la ley recopilada que levantó los efectos de la muerte civil en materia de testamentos, y el decreto de Córtes por el que se reconoce que entre nosotros no hay muerte civil, como no hay condenacion verdadera y rigorosamente perpétua. (Ley 8, art. 5.º tít. 11, lib. 12, Novís. Recop.) Creemos pues derogadas las prohibiciones primera y segunda, y en cuanto á la tercera y quinta, habrá de tenerse presente lo espuesto en la nota del número 1054 porque la testamentifaccion activa es de mas peso y precio que la pasiva. De paso, causa asombro ó lástima ver en toda la Part. 7 aplicada la pena de deportacion á una ínsula para todos los casos en que se hallaba establecida por leyes romanas, siendo asi que al formarse aquel código no poseia la corona de Castilla isla fuera de las insignificantes de Galicia, á las que seguramente no se referian las leyes.

5.º Los moros y los judíos. (Ley 17, tít. 7, Part. 6.)

1107 Tienen prohicion parcial ó respectiva para ser instituidos herederos los siguientes:

Los hijos de clérigo de órden sacro, ó de fraile, freile ó monja profesos nada pueden haber de ellos, segun las leyes 4 y 5, tít. 20, lib. 10, Novís Recop., cuyo contenido es el siguiente:

Ley 4; «Otrosi por no dar ocasion que las mugeres &c., ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquiera manda, donacion ó vendida que les sea hecha por los susodichos, agora ni de aquí adelante, y cualesquier privilegios ó cartas que tengan ganados ó ganaren de aqui adelante en su ayuda contra lo que Nos assi ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan de ellas aprovechar, ni ayudar, ca Nos las revocamos, y damos por ningunas."

(Sobre esta ley hace el erudito señor Marina la crítica siguiente: «La ley 4, tít. 20, lib. 10, se halla interpolada y no conforme á la de Soria. El redactor de la Novís. Recop. siguiendo la eleccion de la Nueva, y el copilador de esta el testo de la ley 22, tít. 3, lib. 1 de las Ordenanzas de Montalvo, insertaron en el testo de la ley el motivo que tuvieron los procuradores de las córtes de Soria para hacer esta peticion, como fundamento de la ley. Y aun esto lo hicieron con tan poca fidelidad, que tratan de escluir á los hijos de los clérigos, no solamente de la herencia paterna, sino tambien de la materna, lo que está muy distante del espíritu y aun de la letra de la ley.)"

«(En las mencionadas córtes se suplicó al rey don Juan por la peticion 8.ª «que en algunas ciudades, villas y lugares tienen cartas y privilegios, que los hijos de los clérigos que hubieren en sus barraganas, que hereden sus bienes é de sus parientes, asi como si fuesen na-

cidos de legítimo matrimonio: é por esta razon que dan ocasion para que otras buenas mugeres, asi viudas como vírgenes, sean sus barraganas." A consecuencia piden que el rey revoque y anule semejantes cartas y privilegios.)"

"(De estas espresiones variadas y alteradas forman los redactores el principio de la ley. «Por non dar ocasion que las mugeres asi viudas, como vírgenes, sean barraganas de clérigos si sus hijos heredasen sus bienes y de sus padres ó sus parientes, ordenamos y mandamos." Por esta interpolacion y aditamento se han suscitado dudas sobre si los hijos de los clérigos pueden heredar los bienes de sus madres. Algunos, como Antonio Gomez, llevan la negativa, fundándose en que el motivo de la ley, segun está recopilada, es el mismo y tiene la misma fuerza, tanto respecto de los bienes del padre como de la madre.)"

(El ilustrador de las leyes añadidas al Fuero Real que van impresas al principio del tomo 1.º de la edicion de 1781, sobre la ley 27 advirtió lo siguiente: «La peticion 8.ª del Ordenamiento que el rey don Juan fizo en las córtes de Soria, era de 1418 años, estrecha mas á estos fijos de clérigos en que non puedan haber cosa alguna de padre nin de madre, nin de pariente que haya, nin por compra, nin en donacion, nin en otra manera alguna segun mas largo por ella verá." Otros con Gregorio Lopez y Diego Perez sostienen la afirmativa, porque siendo esta una ley penal y odiosa, se ha de estar con todo rigor á los términos de la ley, que solamente escluye á los hijos de los clérigos de la herencia paterna.)

(Si se hubiera copiado la ley sencillamente y en conformidad á la respuesta que dió el rey don Juan, no hubiera dudas. Dice así: «Nos place é tenemos por bien que los fijos de los clérigos habidos en sus barraganas, que non hayan nin heredea los bienes de los dichos sus padres, nin de otros parientes, nin hayan cualquier manda, ó donacion, ó vendida que les sea fecha, agora nin de aqui adelante &c." Vemos que el Febrero ha entendido la ley segun su genuino sentido y letra en que la repuso Marina. Advertimos para mayor ilustracion de la ley de Soria que en ella se decia: «Clérigos, frailes ó freiles, refiriéndose esta última palabra á los caballeros profesos de las órdenes militares de Alcántara y Calatrava, pues á los de Santiago se les permitió contraer matrimonio ya, antes de aquella ley por bula de Alejandro III en 1165. Posteriormente en 1540 se hizo igual concesion á los caballeros profesos de Alcántara y Calatrava; y está fué la razon de suprimirse la palabra «freiles» en la Recopilacion que se formó de órden de Felipe II en 1576.)

La ley 5 de dicho tít. 20, lib. 10 (que es la 9 de Toro,) dice:

«Los hijos bastardos ilegítimos de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex-testamento ni abintestato en caso que tengan sus madres hijo, ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su alma, y no mas ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviese, naturales ó espúrios, por su órden y grado le sean herederos legítimos ex-

testamento y abintestato; salvo si los tales hijos fuesen de damnado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex-testamento y abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la cual podian disponer por su alma; y de la tal parte, despues que la oviesen, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren; y queremos y mandamos que entónces se entienda y diga damnado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes ó freiles, ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor rey don Juan I en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los clérigos.

1108 Conforme á estas leyes, los hijos de clérigos (de órden sacro) y de frailes profesos nada pueden haber de ellos ni de los parientes paternos por disposicion entre vivos, ni por última voluntad.

1109 Los hijos de monja profesa tienen la misma prohibicion respecto de su madre.

1110 Los nacidos de dañado y punible ayuntamiento solo podrán percibir de ella en vida ó en muerte de la misma el quinto de sus bienes.

1111 Se duda si los hijos legítimos ó naturales de todos estos hijos espúrios podrán ser instituidos por sus abuelos ilegítimos en atencion á que la ley solo habla de padres é hijos. Sobre este particular hay varias opiniones, y puede verse á Gutierrez, lib. 2, Pract. q. 110.

1112 Pero debe tenerse presente que cuando los padres dejan á sus hijos ilegítimos (de cualquiera especie que sean) todo lo que segun ley pueden dejarles; y dicen ademas en su testamento que les son deudores de alguna cantidad, no están obligados los herederos á pagarla por esta sola confesion que se presume ser hecha en fraude de la ley, á impulsos del escesivo amor paterno; y será á cargo de los hijos en este caso probar que efectivamente se les debía. (Ley 3, tít. 14, Part. 3.)

1113 Por la ley 15, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop., nada puede percibir por disposicion del testador el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, bien sea el confesor clérigo ó religioso; ni tampoco sus parientes, ni su iglesia ó religion.

1114 El escribano que autorizase cualesquiera instrumentos en contravencion de la citada ley 15, incurre en pena de privacion de oficio y los instrumentos serán nulos.

1115 Pero la nulidad parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solo de aquella parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del confesor, sus parientes, iglesia ó religion. Fúndase este concepto en no permitir la equidad que se estienda la pena mas allá del particular en que ocurrió la iniquidad ó culpa que la motiva.

1116 Hay ademas razones ó argumentos de analogía sacados de dos leyes, y que apoyan este concepto. Por la ley 8, tít. 7, Part. 6, se dispone que sea nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin espresar causa alguna legal, y sin embargo, añade que la nu-

lidad se entienda solo en cuanto á la desheredacion, subsistiendo los legados y todo lo demas contenido en en el testamento. La ley 24, de Toro, (8, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.) ordena que, cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, habiendo en el mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa ni menos deje de valer el dicho tercio y quinto, como si el dicho testamento no se rompiese.

1117 La causa y objeto de la prohibicion de la mencionada ley 15 y auto acordado á que se refiere, fueron el evitar las sugestiones y fraudes con que se turbaban las conciencias de los enfermos, y se les cambiaba ó arrancaba la voluntad.

1118 Pero como la dicha ley ó auto por ella confirmado, hablase tan solo de mandas, en Real cédula de 30 de mayo de 1830, se amplió la prohibicion á las herencias; añadiéndose que si los testadores dejan por herederas á sus almas, las de sus parientes ó de otros cualesquiera, ó por via de manda señalan algunos sufragios ó mandan hacerlos de cualquiera modo, no pueden estos encargarse á los confesores en la última enfermedad, ni á sus parientes; y si fueren religiosos, ni á sus religiones, ni conventos: en caso de contravencion heredarán lo asi dejado los parientes que segun derecho sean herederos abintestato.

SECCION III.

Cómo ha de hacerse la institucion de heredero.

1119 Debe el testador hacer la institucion de heredero en testamento y no en codicilo, (Ley 7, tít. 3, Part. 6), pues si la hace en este, valdrá, no como testamento, sino como fideicomiso; es decir, que se declarará por última voluntad suya, y entrará en la herencia el heredero abintestato, quien deberá restituirla al nombrado en el codicilo, reservando si es forzoso, el tercio ó quinto, segun sea el testador, que es de lo que se permite á este disponer en perjuicio de aquel.

(Para que valga la institucion de heredero hecha en codicilo es indispensable, segun la citada ley 7, que en este ruegue ó mande el testador á los que habrian de heredarle, entreguen despues de su muerte todos sus bienes al instituido en el mismo codicilo. Asi que, de otra manera se tendria por no hecha la institucion, y no valdría ni aun indirectamente, ó como fideicomiso: (*Nota del Febrero reformado.*) Nosotros sentimos disentir del Febrero y de su reformador; pero nos reservamos al tratar de los codicilos.)

1120 Ademas, si se nombra al heredero simple ó puramente en el testamento, no debe imponérsele despues condicion, ni darle sustituto en el codicilo (ley 8, tit. 3, Part. 6); y aunque se haga, no valdrá escepto en la forma que se espresará luego; pero el escribano no incurrirá en pena porque no la hay establecida, ni le está prohibido hacerlo.

1121 Debe asimismo el testador nombrar al heredero por su nombre ó apellido, ó con señales verbales tan claras que no se dude quien es, y no con palabras por las cuales se descubre algun delito suyo, ó sea infamado (leyes 6, 10 y 11, tít. 3, Part. 6); ni con las que lla-

mamos *señas*, hechas con la cabeza ó de otro modo, pero sin hablar.

1122 Tampoco debe dejar el nombramiento de heredero á la eleccion ó arbitrio de otro, ni darle poder para que lo haga; (ley 11, tit. 3, Part. 6); bien que, no profiriendo el su nombre, si el escribano ú otra persona nada sospechosa le pregunta *si instituye por su heredero á F. de tal*, y responde con la boca y no por señas *que sí*, valdrá con tal que esté en su juicio, y asista á la pregunta y respuesta el competente número de testigos que lo entiendan; porque viene á ser lo mismo que si le hubiera nombrado sin ser preguntado. (Ley 6, tit. 3, Part. 6; Cast., lib. 4, *Controv.*, capítulo 20, núm. 14; Gom., ley 3 de Toro, núm. 109.)

(Sobre si será ó no válido el testamento, cuando el testador es ó no preguntado, y está ó no muy agravado, y solo responde *sí ó no*; y cuando no puede hablar claramente, véase á Flores de Mena, lib. 1, Var. quæst. 1, nums. 45 al 51. Nosotros añadimos que al fin del tomo 3.º de las causas célebres se halla una de esta misma especie en que fue confirmado el testamento.

1123 Pero no es preciso que el testador instituya al heredero por su nombre ó apellido en el mismo testamento; pues bastará que diga en el que quiere sea su heredero el que nombrará en el codicilo (leyes 7 y 8, tit. 3, Part. 6); en cuyo caso, si los dos son perfectos en todo lo demas, haciéndose el nombramiento en el codicilo, y estando el testador en su juicio, valdrá y no podrá decirse que murió intestado.

1124 Lo propio milita cuando se hace el nombramiento en memoria testamentaria en la forma que se esplicará mas adelante: porque la memoria, citándose en el testamento ó en el poder para testar, y no dudándose que sea del testador, se estima y es parte del mismo; mas no, si no se cita, ó no consta ser del testador: por lo cual, si en el testamento dice *que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravámen, y en los bienes y forma que espresará en el codicilo, ó en memoria testamentaria que quiere se estime por parte de su testamento*; valdrán el señalamiento de bienes, y el gravámen y condicion que contenga el codicilo ó memoria constando ser esta suya, porque no es en ellos donde le grava, sino en el testamento, y solo sí declara lo que en este omitió, y dijo declararía; lo que es muy diverso. (Matienz., ley 1, tit. 18, lib. 10, Novísima Recop., glosa 16, núm. 13.)

1125 Si el testador yerra en el nombre del heredero ó legatario y creyendo instituir á uno, nombra á otro, no valen la institucion ni legado (ley 12, tit. 3, Part. 6); aunque hay casos en que valdrá. (Ley 13, tit. 3, Part. 6.)

1126 Tampoco valdrá si instituye á alguno en el concepto de ser hijo suyo legítimo, legitimado ó adoptivo, ó de ser pariente, no siéndolo en realidad; pues por el error ó equivocacion, falta la voluntad y consentimiento del mismo testador (ley 12, tit. 3, Part. 6); pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos por presumirse que no se ha padecido equivocacion en ellos. (Gom., ley 24 de Toro, núm. 1, vers. décimo; y Matienz. en la 8, tit. 6, lib. 10, Novísima Recopilacion, glos. 1, núm. 3.)

(Quiere decir que la adicion ó espresion de una causal falsa no vicia

el legado. (Leyes 19 y 20, tít 9, Part. 6). Las razones de esto, espuestas en las leyes romanas no son convenientes, y por esto quedaba salvo el derecho al heredero para probar que el testador no habia hecho el legado. La ley 35, tít. 14, Part. 6, persuade que debe decirse lo contrario en las donaciones, porque esceptúa dos solos casos, y es sabido que la escepcion confirma ó supone una regla general en contrario.

1127 Si el testador instituye á dia ó tiempo cierto, por ejemplo, *instituyo por mi heredero á Pedro desde tal dia, mes y año en adelante, ó hasta tal dia*, es válida; mas no la adicion ó señalamiento de tiempo; por lo cual el heredero entrará en la herencia inmediatamente que muera el testador.

(Esta disposicion se funda en el principio, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*; que ha abolido la ley 1, tít. 18, libro 20, Novís. Recop., con disponer que valga el testamento en cuanto á las mandas y demas que contenga, aunque no se haya nombrado heredero, y que herede quien á falta de testamento heredaría. Por tanto, no obstante la citada ley 15 que debe creerse derogada, pertenecerá la herencia antes y despues del tiempo cierto ó señalado á los herederos abintestato. (*Nota del Febrero reformado.*)

1128 Pero si este es militar, vale el señalamiento, y no podrá el heredero percibir la herencia. (Ley 15, tít. 3, Part. 6; Gom., lib. 1, Var. cap. 2, núms. 8, 9 y 10.)

1129 Si el tiempo es cierto en cuanto á saberse que ha de llegar; pero incierto por cuanto se ignora cuando llegará, por ejemplo, *instituyo á Pedro por mi heredero para el dia que se muera*, vale la institucion, y el nombrado entrará en la herencia como si lo hubiese sido simplemente, ó sin adicion de tiempo (dicha ley 15): y esto tendrá lugar aun cuando el testador sea militar.

(Esta disposicion se funda tambien en el mismo principio de la nota anterior; y por consiguiente ha de entenderse asimismo derogada en esta parte la ley de Partida. Ademas, si bien se mira, solo un hombre que no estuviese en su juicio, haría una institucion semejante.) (*Nota del mismo.*)

(Sin embargo, en el caso del número anterior si el dia se hubiese puesto en la persona de un tercero, como, *instituyo á Pedro por mi heredero, á Pedro para cuando muera Juan*, la institucion será condicional y no surtirá efecto si Juan sobrevive al instituido; argumento por la razon dada al final de la misma ley 15.) (1).

1130 El que entra en la herencia sin la autoridad judicial, habiendo herederos, pierde por esto solo el derecho que tenia á los bienes; y si ninguno tenia, debe restituir todos los que tomó y otros tantos, ó su valor en pena de la intrusion, á cuya consecuencia la justicia, informada de la verdad, debe poner en pacífica posesion de ellos á los herederos, procediendo breve y sumariamente sin estrépito ni figura

(1) De esto se hablará en el título de condiciones, adonde propiamente corresponde.

de juicio, y ejecutar la pena con ecsaccion de las costas, daños y perjuicios que se les ocasionaren. (Ley 3, tít. 34, lib. 11, Novís. Recop.)

SECCION IV.

De los herederos forzosos y de la legítima.

1131 Una de las cosas que padeció mas vicisitudes en Roma fué la sucesion hereditaria. Por la ley de su fundador Rómulo, que repitieron y confirmaron los decemviros ó autores de las leyes de las doce tablas, tenian los padres el bárbaro derecho de vida y muerte sobre sus hijos, y la inhumana facultad de venderlos hasta tres veces, en cuya atencion podian tambien desheredarlos del todo. El trato con los griegos suavizó en gran manera las costumbres de los romanos, é introdujo varias reformas en la sucesion de los hijos á los padres, y la de los parientes entre sí mismos; ya por testamento, ya abintestato, pues mas racionales y humanos los griegos por el cultivo de las ciencias que son las antorchas del entendimiento, y con especialidad por el de la filosofía moral, formaron ideas nobles y características de la especie humana, y establecieron leyes mas razonables, limitando el derecho de la patria potestad á castigar á sus hijos con prudencia y moderacion, y en caso de no advertirse enmienda, á abdicarlos y espelerlos desnudos de su casa; fuera de que la patria potestad espiraba por los años, por el matrimonio, y por servir el hijo algun oficio de la República.

1132 Era por lo tanto consiguiente que los padres hubiesen de instituir á sus hijos por herederos, y que tanto por testamento como abintestato fuesen sucesores en sus bienes (que era lo menos) los que lo habian sido en su sangre, educacion y costumbres (que era lo mas). (Liv., lib. 1, cap. 34, Dionis. Halicarnas., lib. 2, pág. 69; Vinn., *Sust.* libro 1, tít. 9, §. 2 *de exher. lib.*)

1133 Sin embargo, conservaron por mucho tiempo los romanos algunas disposiciones en órden á la sucesion hereditaria, poco conformes á la razon y equidad, pues habia diferencia entre hijos é hijas emancipados y los constituidos bajo la patria potestad, entre nacidos y póstumos, entre agnados y cognados, como si no tuviesen todos con su padre ó pariente el mismo enlace natural; y aun la madre ingénua (la que nació libre) que no tenia tres hijos, y la libertina (la que de esclava se hizo libre) que no tenia cuatro, eran escluidas de heredarlos; como si pendiera de ellas tener muchos, pocos ó ninguno, y no tuviesen con ellos el mismo parentesco que su padre: mas al fin Justiniano, atendiendo solo á los vínculos de la sangre y al llamamiento de la naturaleza, abolió todas estas diferencias.

1134 Supuestas estas breves noticias, que no parecen fuera de propósito, paso á hablar de los herederos forzosos.

(Hasta aquí Febrero; pero la gravedad de la materia, la diversidad que hay sobre ella entre la legislacion castellana y la municipal de algunas provincias, y la perspectiva de un nuevo código civil para toda la monarquía, nos mueven á hacer algunas observaciones.)

1135 ¿Conviene dejar á los padres de familias árbitros y jueces úni-

cos de la suerte de sus hijos y descendientes, dándoles facultad ilimitada como la tenian los romanos por la ley de las doce tablas, y se concede por nuestros fueros municipales, para disponer de sus bienes entre sus hijos? Esta es una cuestion de inmenso interés para la sociedad, porque lo es para las familias, y la primera; así como su prosperidad y la moral pública no son sino la suma y compuesto del estado material, económico y moral de las segundas.

Debe sin duda presumirse que cada uno, siguiendo sus afectos, haría de su fortuna la reparticion mas conveniente á la felicidad de su familia y á los derechos naturales de sus mas prócsimos herederos, y que estos afectos estarían menos sujetos á estravíos en el corazon del que dejara descendientes.

Mas aun cuando la ley tiene esta confianza, debe la misma preveer que hay abusos inseparables de la debilidad y de las pasiones humanas, y que hay deberes cuya violacion no puede autorizarse en ningun caso.

Los padres y madres que han dado la ecsistencia natural, no pueden tener la libertad de hacer perder la ecsistencia civil bajo un aspecto tan esencial como el de la fortuna; y si deben ser libres en el ejercicio de su derecho de propiedad, deben tambien llenar las obligaciones que les ha impuesto la paternidad para con sus hijos y para con la sociedad.

Para hacer pues conocer á los padres de familias los límites que no podrian traspasar sin presumirse que abusaban de su derecho de propiedad, faltando á sus obligaciones de padres y ciudadanos, ha reservado la ley á los hijos en todos los tiempos y en todos los pueblos civilizados cierta parte de los bienes de sus ascendientes bajo el título de legítima.

En Roma entraba en el sistema del gobierno de un pueblo guerrero, que los gefes de familia tuviesen una autoridad absoluta sin temer que la naturaleza fuese ultrajada. Cuando se perfeccionó su civilizacion y se quiso modificar las costumbres antiguas, habria sido imposible arreglarlas como si se tratara de una institucion nueva. Cada padre de familias pretendia no solo gozar sin restriccion de su derecho de propiedad, sino que ademas se hallaba constituido único legislador de de su familia. Limitar el derecho de disponer, equivalia á degradar esta magistratura suprema. De aquí provino que por mas de doce siglos la legítima de los hijos, fuese cualquiera su número, no pasó de la cuarta parte de los bienes, y solo en la decadencia de aquel grande imperio obtuvieron los hijos por este título la tercera parte cuando eran cuatro ó menos, que era el caso mas ordinario, y la mitad cuando eran mas de cuatro.

Parece, dice otro orador, que la ley podría descansar en los padres acerca de la disposicion de sus bienes. Aflictivo es el pensar que sea necesaria la interposicion de la ley entre ellos y sus hijos, y que parezca querer ser mas sabia que la misma naturaleza.

Pero cuando las costumbres no tienen ya su primitiva pureza; cuando varios ejemplares atestiguan que los padres no estan siempre al abrigo de los errores y de injustas preferencias; cuando ejemplares mas numerosos han probado el desarreglo é ingratitud de los

hijos; se ha hecho indispensable que la voluntad general pusiera límites á la parcialidad de los unos, y freno á los estravíos de los otròs. Ha sido tambien necesario por otros motivos permitir á los padres recompensar á sus amigos, y mostrarse agradecidos á sus bienhechores. ¡Feliz el testador cuya voluntad concilie los intereses de la sociedad y el voto de la naturaleza!

Hasta aquí las razones alegadas en favor de la legítima, y entre ellas la tristísima de la corrupcion de costumbres. Otros, por el contrario, sostienen que cuanto mas se robustece la autoridad paterna, tanto mas se afianzan el órden interior y disciplina de las familias, y tanto mas se fomenta y perfecciona la moral doméstica, es decir, el órden y moralidad públicos, porque las familias son el plantel del estado, y el buen hijo no puede menos de ser buen ciudadano. Que el padre por cariño y por esperiencia es el mejor juez entre sus hijos, el mas interesadó en su bienestar y en el conveniente arreglo de su familia; que el legislador no debe poner la frialdad del cálculo donde basta el sentimiento de la naturaleza; que los casos de padres desnaturalizados son rarísimos, y que por hechos aislados no debe el legislador sacrificar la generalidad de los hechos, ni se dan leyes sino sobre las cosas que comun y ordinariamente suceden.

Estas consideraciones generales adquieren mayor fuerza entre nosotros al ver que las provincias regidas en este punto por fueros particulares, son precisamente las mas ricas y morales, las mas compactas por el espíritu de familia, y puede decirse, que la parte mas enérgica de la nacion. En ellas las capitulaciones matrimoniales son un verdadero tratado de alianza entre dos familias, se arregla la suerte de todos los hijos, y se prevéen casi todos los casos posibles, por manera que es dificil que muera uno intestado.

Reconocemos gustosos que la amplitud dada á los padres para la mejora del tercio entre sus hijos y descendientes es un freno saludable para los estravíos de estos y una espuela para hacerlos mejores; que por este medio queda en los padres la poderosa arma de la recompensa, y el dulce consuelo de suplir á las desigualdades naturales ó accidentales de sus hijos; esta es una invencion ingeniosísima y que hace mucho honor á nuestra legislacion, pero no evita los costosos, largos y rencorosos pleitos de testamentaría, desconocidos en las mencionadas provincias.

1136 Los herederos forzosos, cuya definicion se ha dado en el número 1098, son en primer lugar, los hijos ó descendientes legítimos del testador, y en segundo, los ascendientes, salvas en este caso las escepciones que se espresarán respecto de la madre: por ahora se trata de los descendientes.

1137 Llámanse legítimos, porque nacen segun ley y disposicion de nuestra santa madre la Iglesia, en cuya atencion gozan de todas las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes, y son conocidos y reputados por sus verdaderos hijos. (Proemio y leyes 1 y 2, tít. 13, Partida 4, y 21, tít. 3, Part. 6.) (Véase núm. 75.)

1138 Se les llama tambien forzosos, porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos preciamente por sus herederos, no habiendo causa legal para desheredarlos; y no instituyéndolos, podrán romper y

anular en cuanto á la institucion el testamento por la pretericion.

(No queremos dejar pasar este punto tan oscuro en las leyes de Partida, y tan controvertido y dudoso entre los autores, sin emitir desde luego nuestra opinion.)

(Segun la ley 10, tit. 7, Part. 6, no vale el testamento en que no se hace mencion del hijo, ó se le deshereda sin espresion de causa: segun la 8, si el padre le deshereda por otra causa que las señaladas, no vale la desheredacion; segun la 11, desheredando el padre sin espresion de causa, no vale el testamento en cuanto á la desheredacion, pero sí en cuanto á las mandas y otras cosas.)

(La ley 1, tit. 8, Part. 6, es evidentemente contradictoria: arriba iguala los casos de pretericion y desheredacion del hijo, y supone necesaria en ambos la querella de inoficioso; luego la escluye para el caso de pretiricion, añadiendo que en este el testamento *non vale nin es nada*: y para coronar la fiesta, estiende á los ascendientes lo dispuesto acerca de los hijos desheredados ó preteridos.)

(¿Será pues nulo el testamento, al menos en el caso de haber sido preteridos los descendientes ó ascendientes, ó será necesario romperlo y rescindirlo? En el primer caso no subsistirian los legados; en el segundo sí.)

(Las leyes mencionadas inclinan mas á la nulidad, y la misma ley 8, tit. 6, lib. 10, Novis. Recop., habla de nulidad y pretericion, y de rompimiento ó desheredacion, que son casos diversos.)

(Sin embargo, Gregorio Lopez, Gomez, Aso y casi todos dan por subsistentes los legados aun en el caso de pretericion; y si ha de ser asi, importa poco que se anule el testamento á causa de la pretericion, ó que se rompa por la querella de inoficioso en caso de desheredacion injusta, pues será uno mismo el resultado.)

(Los dos primeros se apoyan en la ley 7, tit. 8, Part. 6, y en la auténtica *ex causa, Cod. de lib. præter.*, y el tercero en la ley 1, tit. 18, lib. 10, Novís. Recop., segun la cual no es ya necesario el nombramiento de heredero para que subsista el testamento.)

(Antonio Gomez hace una escepcion, que Sala califica de juiciosa; cuando la pretericion del hijo, dice aquel, procede de ignorar el padre que le tenia, todo el testamento viene á tierra, sin escepcion de los legados, porque se presume que á haber sabido la ecsistencia del hijo, no los hubiera dejado.)

(Febrero en este lugar y caso hace sinónimas las palabras romper y anular, limitando los efectos únicamente á la institucion.)

(No puede negarse que esta doctrina es mas cómoda y sencilla, y que evita otras muchas discusiones: nosotros la tenemos tambien por mas legal, equitativa y decorosa. La inobservancia de las solemnidades esternas hacia totalmente nulo el testamento entre los romanos, y lo hace todavía entre nosotros; pero aquellos conocian ademas solemnidades internas, cuya omision inducia la misma absoluta nulidad: tales eran la institucion de heredero, comun á todos los testadores, y la particular de los ascendientes que tenian herederos, conocidos con el nombre de suyos, de haberlos de instituir ó desheredar. La primera de estas solemnidades internas está abolida por la célebre ley 1, tít. 18, lib. 10: la segunda era muy dudosa en cuanto al efecto de inducir

nulidad, aun por las mismas leyes de Partida; en el dia nos parece que no debe serlo, ya por la mencionada ley 1, ya por la 8, tít. 6, lib. 10, y ya porque el espíritu de todas las leyes recopiladas tiende á desembarazar nuestra legislacion de las sutilezas, mas ó menos plausibles, que las de las Partidas habian copiado servilmente de las romanas. Es bien sabido que las leyes de Toro se hicieron en su mayor parte para cortar las dudas que se habian suscitado sobre las de Partida; asi, la 24 de aquellas (hoy la citada ley 8, tít. 6, lib. 10) por la simple enunciativa de pretericion y nulidad, estuvo muy lejos de apoyar esta absolutamente para ningun caso, sino que supuesta la duda anterior, la cortó resolviendo la subsistencia de las mejoras, que eran sobre las que principalmente podia recaer la tal duda, por ser mas granadas (en especial la del tercio) que los legados.)

(Las últimas voluntades han de subsistir en cuanto ser pueda, porque son de lata y favorable interpretacion, y deben serlo mas entre padres é hijos por el respeto que estos deben á la memoria de aquellos. Ningun agravio hace el padre al hijo en disponer por legados de la totalidad del quinto; si fuesen escesivos, queda el medio decoroso de la reduccion, sin apelar al odioso de su nulidad absoluta: el agravio, si asi puede llamarse, consistirá en no haber hecho mencion de él, é instituir á otro por heredero; por tanto la reparacion de él y declaracion de nulidad debe limitarse á la institucion: en una palabra, las pretensiones del hijo en ningun caso pueden ir mas allá de su legítima: en nuestro sentir esta doctrina es aplicable á los póstumos y casi póstumos.)

1139 Las clases ó especies de ellos son tres:

1.ª La de los nacidos de un matrimonio verdadero, y para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico.

2.ª La de los habidos en un matrimonio nulo por razon de algun impedimento, pero que era ignorado de ambos cónyuges, ó al menos del uno de ellos.

3.ª La de los habidos por soltero y soltera libres de impedimento canónico para casarse, (aunque sean habidos en sierva), si sus padres se casan despues, porque se legitiman por el matrimonio, y la sierva queda libre. (Leyes 1, tít. 13, Part. 4; 2 y 4, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real.)

1140 Son tambien legítimos y forzosos los que nacen de infieles que despues se convierten á nuestra santa religion, aunque se hallen en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no están sujetos á los cánones hasta que se convierten, que es cuando se hacen miembros de nuestro cuerpo católico. (Cap. 15, *qui filii sint. legitimi.*)

1141 Entre los hijos y herederos legítimos se comprenden tambien los póstumos (véase núm. 22); y por esto se dice que quien deja á su muger en cinta, no parece morir sin hijos (Reg. 187, tít. 18, libro 50 del Dig.); pero para que se tengan por nacidos, han de concurrir las circunstancias señaladas en el núm. 23. (Llámanse cuasi póstumos los que nacen despues de hecho el testamento, aunque sea en vida del testador.)

1142 Ni aun basta que concurran en los hijos las circunstancias del número 23; pues para que se tengan por legítimos y de consiguiente

por herederos forzosos, es preciso que nazcan á lo mas á los diez meses despues de la muerte del marido, y que al verificarse esta, viva su muger en su compañía; pues si nacen, aunque no sea sino un dia, entrado ya el mes onceno, no se tendrán por tales; pero sí naciendo en el séptimo: (ley 4, tít. 23, Part. 4, Roxas, de *Incomp.* part. 2, cap. 4): si bien alguna que otra vez se ha visto parto verdadero de once meses.

(Nadie puede saber hasta dónde llegan las fuerzas de la naturaleza, ni por otra parte, las de los obstáculos que pueden retardar sus operaciones. Asi, no podemos negar que habrá partos naturales y vitales de cinco y seis meses, y partos asimismo naturales de once, trece y catorce; pero en lo que debe ponerse la consideracion es en si las criaturas nacidas en estos tiempos deberán reputarse por legítimas para suceder y otros efectos civiles.)

(Nace una criatura, por ejemplo, á los cinco meses de celebrado y consumado un matrimonio. Puede aquella ser fruto de este; mas tambien puede serlo de una flaqueza anterior al casamiento, y no tenida con el marido.)

(Dá una madre á luz un hijo á los trece meses despues de la muerte del esposo. Por ventura será de él; pero acaso será de otro, y habrá nacido á los nueve meses de su concepcion.)

(En estos casos y otros semejantes parece estar la presuncion contra las madres, generalmente hablando, porque los tales partos son mucho mas raros que las flaquezas de las mugeres; y quizá se tuvo presente este fundamento al dictar la citada ley 4, tít. 23, Part. 4, que no tiene por legítimos los hijos nacidos antes de los siete meses, ni despues de los diez.)

(Es verdad que para formar juicio de la legitimidad ó ilegitimidad del parto, deben tenerse en consideracion el testimonio de los médicos y otros facultativos, y las informaciones que se hagan acerca de la honestidad de la madre, y otras circunstancias, segun ocurra el caso; pero por mas favorable que sea todo esto al parto, no podemos ir contra lo dispuesto en dicha ley mientras no la derogue el soberano.)

(Tocante á la criatura que nace en el octavo mes, nada dice, al menos espresamente, la ley de Partida; mas si tiene á los sietemesinos por vitales y legítimos, con mayor razon han de serlo los ochomesinos, que á causa del mas tiempo que permanecen en el vientre de su madre, han de estar regularmente mas formados y robustos. La opinion contraria no deja de ser un error clásico, por mas comun que sea y por mas autorizado que se halle. Sobre la duracion del preñado y las causas ocasionales del parto, puede verse, cuando se ofrezca el caso, al célebre Buffon en su Historia natural, tom. 3, pág. 428 y siguientes, donde dá noticia de un parto de trece meses. Sobre los que nacen á los tres, cuatro, cinco ó seis meses, á los once y aun á los catorce, y sobre otros puntos concernientes á esta materia, véase tambien á Lara, cap. 10. (*Nota del Febrero reformado.*) Nosotros no ignoramos las opiniones emitidas sobre esta delicada materia por los comentadores del derecho, y mas particularmente por los médicos que han querido ilustrar esta y otras cuestiones legales con los conocimientos peculiares de su profesion: véase entre otros á Paulo Zacchias, *Cuestion Medico-legal.* lib. 1, tit. 2., Ni ignoramos que podrán citarse sentencias de tribunales

estranjeros y aun de nacionales, por las que hayan sido declarados legítimos los hijos nacidos á los once y doce meses despues de la muerte de su padre. Mas á pesar de todo, estamos por la literal y estricta observancia de la ley, y creemos que de practicarse lo contrario y abrirse la puerta á congeturas y pruebas mas ó menos plausibles, pero siempre equívocas, se conturba el estado de las familias, y se mina la sociedad por sus mismos cimientos. La citada ley 4, tit. 23, Part. 4, es admirable por su sencillez y claridad, como por sus motivos y razones; su solo epígrafe es muy significativo: *cuanto tiempo puede traer la muger preñada la criatura en el vientre segund ley é segund el natura*: el tiempo ó términos que señala, están tomados de la legislacion romana, fundada en la esperiencia y en la autoridad de Hipócrates: el código francés los tiene tambien adoptados. Asi, el nacido á los seis meses y un dia del séptimo, á contar desde la celebracion del matrimonio, se tendrá segun la ley 4 por legítimo, y cumplido ó perfecto y vividero; ahora deberá reunir ademas las calidades de la ley de Toro. El nacido antes de dicho período no se tiene por cumplido y vividero; pero, si aconteciese serlo, el padre podrá desconocerlo, á menos que haya tenido conocimiento de la preñez antes de casarse, ó le reconozca por suyo, y en tal caso mas bien que legítimo será habido como legitimado por subsiguiente matrimonio, aunque los efectos sean los mismos.)

(Otro caso curioso ponen los autores no muy improbable, sobre todo despues que por la ley 4, tít. 2, lib. 10, Novís, Recop. pueden las viudas casar dentro del año en que mueran sus maridos sin por esto incurrir en las penas é infamia establecidas anteriormente contra ellas. (Ley 3, tít. 12, Part. 4.) Es el siguiente:)

(Casa una viuda dentro del año de la muerte de su marido con quien cohabitaba, y libra en un tiempo que la criatura puede ser de su difunto marido y del segundo, por ejemplo, á los nueve ó diez meses de la muerte del primero y á los siete de haberse casado con el segundo: de quién se reputará ser la criatura?

Unos las favorecen doblemente dándole doble paternidad y de consiguiente, derechos á la herencia de los dos por la incertidumbre é imposibilidad de salir de ella: otros por esta misma razon no le dan por padre á ninguno de los dos, ni derecho alguno á sus herencias: la primera opinion es ridícula, la segunda es dura é inícua. Otros dicen que debe decidirse la paternidad por la mayor semejanza de la criatura con alguno de ellos: medio pueril y aventurado.)

(Otros por fin dicen con mas razon y cordura que debe reputarse por padre al segundo marido, porque las leyes reputan por tal á aquel á quien nace la criatura á los siete meses despues de casado; y porque si hay incertidumbre, es él quien ha dado ocasion á ella precipitando el matrimonio, y atropellando los miramientos debidos á la memoria del difunto: á este ni á la criatura nada puede imputárseles, y por consiguiente nada debe perjudicarlos.)

(Convenimos con el reformador de Febrero en que es inútil y supervacánea la cuestion suscitada sobre la criatura que ha nacido en el octavo mes: lo asombroso es que se haya suscitado y, todavía mas, que la opinion negativa haya encontrado sostenedores.)

(Habemos dicho que nuestra ley de Partida ha tomado de las roma-

nas la doctrina ó disposicion sobre los nacidos en el séptimo y décimo mes, á pesar de que algunos pretenden hallar contradiccion en las segundas. Citan al efecto la ley 3, §. 12, tit. 16, lib. 38, del Digesto; segun la que puede nacer la criatura á los seis meses y dos dias, cuando segun la ley 12, tít. 5, lib. 1, el séptimo mes debe ser completo: nosotros no vemos en esta segunda semejante disposicion ni el menor fundamento para esta inteligencia.)

(Dicen tambien que segun la ley 3 mencionada solo es legítimo el que nace á mas tardar dentro del décimo mes despues de la muerte de su padre, y que la Novela 39 estiende este término hasta los once meses; pero tampoco encontramos cosa tal en la Novela.)

(Pero séase de esto lo que se quiera, nosotros tenemos ley clara y terminante, y repetimos que el separarse de ella en ningun caso, ademas de ser ilegal, podría acarrear las mas funestas consecuencias. El misterio de la paternidad está envuelto en las tinieblas de la concepcion. La misma obscuridad cubre tanto el modo ó medio como el momento de este efecto admirable. La naturaleza no deja ver si no las líneas estremas, que recorre así en su mas precoz actividad, como en su mas tardía lentitud: mas á pesar de sus caprichosas variaciones hay un término mas allá del cual no se encuentra ya sino lo monstruoso ó imposible, y valía sin duda mas fijar invariablemente este término (aunque esponiéndose á errar en algunos casos improbables) que dejar todas las cuestiones relativas al estado de los hombres bajo la dependencia de un cálculo arbitrario. Aun así quedan cuatro meses á la naturaleza para manifestar sus maravillosos caprichos; mas no debe dársele salida fuera de este círculo á espensas de la sociedad, y debe creerse antes en la debilidad humana que en la subversion ó trastorno del órden natural.)

(Una vez fijado este término ó período, obra de lleno el principio tutelar y social consignado en todas las legislaciones y en nuestra ley 1, tít. 13, Part. 4, *pater est quem justæ nuptiæ demonstrant.*)

(En la imposibilidad de encontrar en la naturaleza un signo evidente é infalible de la paternidad, y puesto por otra parte el legislador en la necesidad política de obrar y de tomar uno para fundar las sociedades sobre la ecsacta division de las familias y la sucesion cierta de los individuos y de los bienes, lo ha tomado en la presuncion que se acerca mas á la prueba)

(El espíritu conjetura con razon, y el corazon siente con energía que es padre del niño el que confunde su ecsistencia y sus afectos con los de la madre, el que se ha constituido al lado de ella por compañero fiel, por guardian constante y decidido protector; el que se muestra hasta solícito y celoso para apartar de ella los cuidados, las asiduidades y ausilios de otro, porque no puede sufrir la privacion ni aun la participacion de otro en la gratitud y ternura debidas á sus obsequios y á su fidelidad.)

(Esta conjetura, de una fuerza casi igual á la evidencia, ha sido el guia seguro de los fundadores de toda sociedad, y se ha creido encontrarla donde quiera que se reuniesen dos personas de diverso secso. En favor de ella se ha encadenado hasta lo posible la inconstancia y ligereza de corazon, el capricho y la impetuosidad de los sentidos; se ha hecho de la habitacion constante de un hombre con una muger la pri-

mera ley social; se ha instituido el matrimonio, y este ha sido considerado como el signo invariable de la paternidad.)

(La presuncion legal que señala por padre de los hijos del matrimonio al marido de su madre, y que reemplaza al signo material que nos niega la naturaleza, tiene dos caractéres de verdad, uno y otro de igual peso y respeto, la autoridad de todos los siglos, y el ejemplo de todos los pueblos.)

(Ni en la mas remota antigüedad, ni entre los pueblos modernos de las estremidades del globo, se citará una sola reunion de hombres constituida en cuerpo social que haya introducido en sus leyes otro medio de arreglar la serie de las descendencias y el órden de las generaciones.)

(Cuanto mas se penetra en la noche de los tiempos, tanto mas se descubre el poder del signo legal de la paternidad en las augustas solemnidades del matrimonio y en la autoridad inmensa dada sobre los hijos al esposo de su madre.)

(Hay de ello claros vestigios en la ley egipcia por la que, á fin de asegurar el pago de las deudas sin autorizar la violencia é inhumanidad contra el deudor, no permitía tomar prestado sin dar en prenda el cuerpo embalsado de su padre.)

(Los romanos son deudores á los griegos de la sabiduría de los egipcios. Su legislacion, como es sabido, se compone de las luces esparcidas en todos los siglos que los precedieron y en todos los pueblos sometidos á su dominacion. A esta circunstancia mas que á otra alguna es debida la autoridad de doctrina que han ejercido ellos sobre la legislacion de los otros pueblos aun despues de su decadencia política y de la ruina de su imperio. Las leyes romanas sobre esta materia son aun al presente la única regla de las sociedades modernas; ellas hicieron de la presuncion de la paternidad legítima fundada sobre el matrimonio un precepto literal que despues llegó á ser acsioma legislativo; *is pater est quem nuptiæ demonstrant.*)

(El motivo de esta regla indica bastantemente su rigorosa necesidad.)

(Su primer carácter es tener el poder y efecto de la misma verdad, y ejercer en su lugar una autoridad que se aprocsima á la tiranía, pues que todo lo avasalla, accidentes ordinarios, probabilidades, sospechas y hasta contradicciones aparentes, y no conoce otros límites que los inmutables de la naturaleza y de la razon universal. Nada se admite contra ella al paso que se admite todo en su favor menos lo imposible.)

(No podria tener cabida en la legislacion civil la ley que impusiera la obligacion de creer lo que rechazan las leyes físicas de la naturaleza; y toda la que diera á una mentira evidente el título y poder de la verdad, no sería mas que un escàndalo social.)

(Así en el matrimonio el esposo de la madre es siempre el padre del hijo ó niño, sin otra escepcion que el caso en que es imposible suponerlo.)

(La imposibilidad no puede ecsistir sino por dos causas; la ausencia y la impotencia accidental del marido.)

(La ausencia debe ser constante, continua y de tal naturaleza que al tiempo prefijado para la posibilidad de la concepcion, es decir, seis meses y un dia por lo menos ó diez meses cuando mas antes del naci-

miento de la criatura, no pueda el espíritu humano concebir la posibilidad de un solo instante de reunion entre los dos esposos.)

(Algunos autores, para admitir la escepcion de la ausencia, ecsigian que mediase entre los dos esposos el inmenso espacio de los mares.)

Este rigor ó escrúpulo era afectado y escolástico, no justo ni correspondiente al principio; y ademas no llenaba el objeto propuesto. La ausencia real puede modificarse por otras causas y es susceptible de otras pruebas igualmente decisivas: basta pues ecsigir que sea tal que en el momento de la concepcion haya sido físicamente imposible toda reunion, aun momentánea, entre los dos esposos.)

(Se ha cuestionado tambien, si la prision que separaba á los dos esposos podria ser asemejada ó comparada con la ausencia.)

(Y claro es que es la ausencia misma, siempre que la separacion haya sido tan ecsacta y contínua que les haya sido imposible la reunion de un solo instante en el momento de la concepcion.)

(Lo mismo debe decirse de la segunda causa de imposibilidad física, á saber, la impotencia accidental del marido.)

(Seria fuera de propósito enunciar las especies, casos y accidentes que pueden producirla, como una herida ó mutilacion, ó una enfermedad grave y larga. Baste saber que la causa debe ser tal y probarse de tal modo que en el momento presunto de la concepcion no se pueda suponer un solo instante en que el marido haya podido hacerse padre.)

(La impotencia natural es una suposicion mas ó menos probable, pues que diez años de esfuerzos, disputas é investigaciones, no han dado por resultado sinó la suposicion misma de que haya sido producido un hombre sin la facultad ó potencia de reproducirse.)

(La legislacion romana admitia la impotencia natural; pero aquel pueblo grave, para el que la decencia pública y la reverencia de las costumbres eran la ley suprema, no ha transmitido un solo ejemplo ó caso de aplicacion.)

(La religion fué solamente la que la introdujo hácia el siglo octavo en su doctrina y decisiones, pero con la notable restriccion de no dar sino decisiones provisionales por la razon sencillamente espresada que la Iglesia podia haberse engañado, y las decisiones quedaban siempre sujetas á reforma, si el acusado de impotencia daba en adelante pruebas contrarias y materiales en otro matrimonio.)

("De aqui provino que nuestros tribunales (el orador que vamos copiando es francés) la adoptarán, pero sin la restriccion que moderaba la inconsecuencia. La restriccion religiosa no podria conciliarse con aquel principio social de una fuerza estrema, que el órden de las familias y el estado de los matrimonios deben ser inmutables. Cuanto mas se reconocia la necesidad de alcanzar y asir la verdad, tanto mas se multiplicaban los medios insensatos de descubrirla; y diez siglos perdidos en investigar locamente la causa misteriosa de un efecto incierto no han producido sino contradicciones, escándalos y mentís formales, dados por la misma naturaleza á fallos fundados en las mas especiosas verisimilitudes.")

(Largo tiempo ha que lo raro de estos casos monstruosos (si es que ecsisten), la infamia y la insuficiencia de las pruebas, la obscuridad insuperable de la causa y del efecto habian hecho condenar por todos los

sabios este medio ridículo de atacar y de destruir una presuncion justa y favorable elevada por la misma ley al rango de la verdad. En efecto, el Código civil francés (art. 313) no permite al marido que desconozca al hijo ó criatura so pretesto de su impotencia natural, porque la castidad de la ley reprueba estas confesiones infamantes y estas declaraciones vergonzosas. Los mónstruos, si es que ecsisten en la naturaleza, no deben ecsistir en la ley. La justicia eterna, esta voz magestuosa de toda conciencia pura, dice que en este caso, aun suponiendo que ecsista, el hombre debe soportar todas las cargas de la paternidad, puesto que ha afectado temerariamente la potencia de ella, y devorar la vergüenza de un hijo, del que tal vez no sea padre, pero que ha tenido la fraudulenta osadía de prometer á su muger y á la sociedad: vengamos á nuestro derecho patrio.)

(En él encontramos la misma única escepcion que en el derecho romano, á saber: la imposibilidad física, ó por ausencia, ó por impotencia (ley 9, tit. 14, Part. 3; ley 4, tit. 23, Part. 4, y el tit. 8, de la misma Part. 4); que aunque tomado del derecho canónico, encierra algunas leyes ridículas, preocupaciones vulgares, y casi torpezas: de consiguiente los pleitos nacidos de ellas, ó mas bien del derecho canónico, deben ser algunos ridículos y todos escandalosos. Cuando se dispute ó niegue la legitimidad del hijo por razon de impotencia que cause nulidad en el matrimonio, es claro que deberá conocer de este el juez eclesiástico. (Véase los núms. 131 y 132.)

(Concurriendo en el hijo las calidades ó circunstancias que dejamos espuestas, no le perjudicará que la madre confiese ó se reconozca por adúltera, y aquel por adulterino (dicha ley 9, tit. 14, Part. 3); pues que puede hacerlo aquella por despecho, y puede muy bien ser ella adúltera y el hijo ser legítimo.

(Sentado ya que nuestra legislacion guarda absoluta conformidad en esta materia con la romana, veamos como se esplica acerca de la segunda el respetable d' Aguesseau en la defensa 23 y causa del señor Rouillerat de Vinantes, en la que se trataba de un hijo cuya madre habia ocultado su preñez y sido condenada por adúltera, pero sin que la sentencia hubiese declarado al hijo adulterino, porque el marido vivia con su muger y no habia estado ausente mas que tres meses.)

("La presuncion capaz de atacar la de la ley, dice aquel magistrado, debe estar escrita en la misma ley, y fundarse en un principio infalible para poder destruir una probabilidad tan grande como la que sirve de fundamento á esta prueba.")

(Siguiendo pues estas máximas, no se puede encontrar sino dos escepciones de la regla general (*pater est quem justæ nuptie demonstrant*) fundadas ambas á dos sobre una imposibilidad física y cierta de admitir esta presuncion.)

(Estas escepciones se hallan contenidas en la ley que dá la definicion del hijo legítimo, y no hay por lo tanto sino dos pruebas contrarias que puedan oponerse á una presuncion tan favorable.)

(*La larga ausencia del marido*, y puede añadirse conforme al espíritu de la ley, *que es preciso que esta ausencia sea cierta y contínua*.)

(La impotencia ó perpétua ó pasajera es la segunda. La ley no escucha otras, y es evidente que no hay ni aun posibilidad de fingirlas,

pues mientras que ni la ausencia ni otro obstáculo alguno haya separado à los que estan unidos por el matrîmonio, *jamás se presumirá que el marido no sea el verdadero padre de la criatura.*)

("Se ha pretendido, añade d' Aguesseau, que la union ó concurso de todas las escepciones que se sacan del hecho, podria ser comparado á las dos escepciones generales que la ley propone.")

(La ausencia del marido, la presencia del adúltero, el *secreto ú ocultacion de la preñez*, la obscuridad de su educacion, la declaracion de la madre, el desconocimiento del padre, son los principales medios por los que se ha creido poder hacerse mella en la calidad de hijo legítimo, que es la mas respetable é imponente de todas.)

("Mas no por esto abandonemos, esclama él, la autoridad de los *solos principios que pueden asegurar el nacimiento de los hombres*, y no nos dejemos impresionar por esta multitud de presunciones hasta el punto de conmover los cimientos de la sociedad civil.»)

(Tal vez parezca que esta doctrina hubiera tenido lugar mas conveniente en el tít. 4 del matrimonio dedicando una seccion á la paternidad y filiacion, como efectos del mismo; pero, como quiera, no parecerá inoportuna cuando se trata de herederos forzosos que lo son precisamente por su calidad de legítimos.)

1143 Tampoco será habido por parto natural y legítimo para los efectos de la sucesion á pesar del concurso de las circunstancias del número 23, si por la ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento se probase claramente que nació en tiempo que no podia vivir naturalmente (leyes 5, tít. 23, Part. 4; y 2, tit. 5, lib. 10, Novis. Recopilacion; Matienz. en ella, glos. 1 y 2): escepto que su madre sea concubina de su padre antes de casarse, porque entonces se lejitiman por el subsiguiente matrimonio. (Gom. ley 13 de Toro, núm. 4, Vers. *Quod iterum limita.*)

1144 Deben los padres instituir herederos á todos sus hijos legítimos, aunque no esten en su poder al tiempo de la institucion; y estos los sucederán no solo por testamento y abintestato, sino tambien contra testamento, no habiendo causa legal para desheredarlos.

Ademas, con los dichos hijos ni con los demas descendientes legítimos ningun estraño ha de ser instituido heredero, y si lo fuere, la institucion serà inválida é ineficaz en cuanto á él (leyes 7 y 17, tít. 1, Partida 6; y 1, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real); porque todos los dichos deben haber su legítima íntegra sin condicion ni gravámen. (Leyes 17 al fin, título 1; 4 y 7, tít. 11; y la 12, tit. 4, Part. 6.)

(No parece hay razon para que deje de valer la institucion de un estraño hecha juntamente con la de los descendientes legítimos, siempre que no sea en perjuicio de las legítimas de éstos. Está manifiesto en las leyes de Partida y Fuero Real citadas por Febrero, las que solo para evitar este perjuicio vedan dicha institucion. (*Nota del Febrero reformado.*)

(En efecto, las leyes citadas de Partida solo dicen que los hijos deben haber su legítima libre é quita, sin embargo, é sin agravamiento, é sin ninguna condicion, como que las mismas la llaman *parte debita jure naturali, debdo natural*; y legítima porque la otorga la ley independientemente de la voluntad del testador.)

(Segun la ley 1, tit. 8, Part. 6, la legítima ha de dejarse á título de heredero, no de legatario, y haciéndolo asi el padre puede instituir á un estraño por heredero del resto de sus bienes ó disponer de ellos en otra cualquiera manera. Hé aqui pues una ley espresa y contraria á lo que dice Febrero, por lo que estrañamos que su reformador no haya hecho mérito de ella.)

(Añade la citada ley 5, que en el caso de haberse dejado al hijo menos de su legítima, pero á título de heredero, solo podrá pedir el complemento de ella; sí á título de legatario, podrá quebrantar el testamento en cuanto á la institucion.)

(Nosotros celebrariamos ver mas sencillez y armonía en esta materia: los derechos de sucesion y legítima son recíprocos: varíe enhorabuena la segunda en la cantidad, pero haya igualdad bajo todos los demas aspectos, y lo que se establezca acerca de la legítima de los descendientes tenga tambien lugar en la de los ascendientes. Tal vez fuera mejor que prescindiendo del título con que se deje, solo se diera accion para el complemento de la legítima: el derecho del hijo quedaria satisfecho, subsistiendo en lo demas la voluntad paterna, respetable siempre para los hijos.)

(Cuando el hijo se sienta perjudicado en su legítima por esceso en las mandas y donaciones *mortis causa*, podrá reducirlas proporcionalmente hasta completar aquella (ley 1, tit. 11, Part. 6); si el perjuicio le viniere de donacion entre vivos, podrá pedir su revocacion ó reduccion.)

1145 La legítima de los mencionados comprende en estos reinos de Castilla todos los bienes de sus ascendientes á escepcion del quinto, del que pueden estos disponer en vida ó en muerte con tal que no sea mas que uno en ambos tiempos. (Ley 28 de Toro, hoy 8, tít. 20, lib. 10, Novis. Recop., que corrige la 9, tít. 5; y la 7, tít. 12, lib. 3 del Fuero Real, que permitian dar un quinto en vida y otro en muerte.)

SECCION V.

Del quinto y que deba sacarse de él.

1146 Ecsistiendo descendientes legítimos, han de deducirse de él y no del cuerpo de la hacienda del testador aunque este lo prohiba espresamente, los gastos de su funeral, misas, entierro y legados (ley 30 de Toro), cuyas palabras son: «La cera, misas y gastos de enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador y no del cuerpo de la herencia aunque el testador mande lo contrario.

1147 Pero si testare entre estraños, se sacarán dichos gastos del cuerpo del caudal, como lo espone Antonio Gomez en la mencionada ley 30, y se practica á menos que el testador mande lo contrario.

1148 Si el testador lega el quinto á un hijo natural ó espúrio, siendo estraños los herederos, lo pagarán estos, y el legatario del quinto lo llevará íntegro, deduciéndose primero de todo el caudal las deudas que tenia el testador al tiempo de su muerte y los legados particulares que hizo, si no dispuso otra cosa (Ayora de *Partit.*, part. 2, quæst. 6): mas

para evitar dudas y controversias prevendrá el escribano al testador declare su voluntad, y ésta servirá de regla al contador.

1149 Esto mismo deben hacer los herederos legítimos, si el testador deja el usufructo del quinto á su muger ó á otro estraño, y á ellos la propiedad; pues como el usufructo del quinto no equivale á esta, si se grava al usufructuario con la satisfaccion de dichos gastos, y este vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado, saldrá perjudicado.

1150 Pero si el testador tiene cinco ó mas descendientes legítimos, y deja el quinto por su alma ó á favor de algun hijo legítimo ó de otra persona, quedan al parecer perjudicados, pues percibirán menor porcion de herencia que lo que importa el quinto, cuando por de mejor condicion deberian ser mas favorecidos: sirva de ejemplo el caso siguiente.

Un padre tiene cinco hijos y un caudal de cinco mil pesos. Si manda distribuir los mil pesos como quinto íntegro de sus bienes, no quedan mas que cuatro mil para sus cinco hijos, tocando únicamente á cada uno doce mil reales, y quedarán gravados en tres mil que importa mas el quinto: el perjuicio será mayor á proporcion que los hijos escedan de aquel número, lo que no parece ser conforme á la ley 28 de Toro, y antes bien se deduce lo contrario de su espíritu, que fué el de beneficiar á los hijos limitando á un solo quinto los dos que permitia el Fuero Real.

Esto no obstante, estaremos siempre por la libertad del padre para disponer del quinto en este y en cualquier otro caso.

1151 Cierto es que algunos autores sostienen la opinion contrária, fundándose en que el ilegítimo y el estraño serian de mejor condicion que los legítimos por que llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaría á estos en su legítima (Escobar, comput. 3); pero en primer lugar, ni la ley 28 de Toro, ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, cuatro, cinco ó mas, aunque los lejisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y asi, por no haberlo espresado no se entiende escluido ni esceptuado este caso; pues cuando la ley habla generalmente y no distingue, debe entenderse generalmente y no debemos distinguir.

En segundo lugar, por que seria demasiado violento limitar y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador, que es dueño de todos sus bienes y puede enagenarlos todos en vida sin que sus hijos se lo puedan impedir, mayormente cuando de practicarse lo dicho se le podia entibiar el ánimo de adquirir.

No obsta alegar que los legítimos serian de peor condicion que el ilegítimo ó estraño; por que aquellos llevan las cuatro partes enteras de los bienes de los padres, que la ley les señala por legítima; y el que sean cinco ó mas, y pueda por esta causa el ilegítimo ó estraño percibir mayor porcion que cada hijo, es una casualidad que no debe alterar la disposicion general ni quitar las facultades que la ley dá á los padres.

(Esto únicamente prueba que nuestra legislacion, á la par que tiene sobre todas las otras la ventaja de la mejora del tercio entre los mismos hijos y descendientes, se queda muy atras de ellas, y es muy im-

perfecta, limitando á solo el quinto en todo caso y sin consideracion al mayor ó menor número de hijos la facultad de disponer el padre á favor de su alma ó de estraños.)

(Entre los romanos la legítima de los hijos, fuese cualquiera su número, estuvo reducida por muchos siglos á la cuarta parte de los bienes paternos; despues, al declinar aquel grande imperio, se aumentó hasta la tercera parte cuando los hijos eran cuatro ó menos, y hasta la mitad siendo cinco ó mas (Nov. 18, cap. 1): esta misma tasa ó graduacion fué admitida en la ley 17, tit. 1, Part. 6; pero daba resultados incoherentes.)

(Si habia cuatro hijos, la porcion legítima de cada uno de ellos venía á ser un duodécimo de la herencia, y si habia cinco, era de la décima. En este caso, siendo mayor el número de los hijos, percibian mas, y siendo menor, percibian menos; lo que era un trastorno injustificable del órden natural.)

(Aun mas injustificable nos parece la disposicion de la ley 9, libro 3 del Fuero Real, tít. de las mandas, y de la citada 28 de Toro haciendo subir indistintamente la legítima de los hijos respecto de estraños á todos los bienes del padre escepto el quinto.)

(Se dirá tal vez que naturalmente debe presumirse que los padres han de disponer de su parte libre en favor de sus hijos, sea para recompensarlos, sea para equilibrar sus desigualdades naturales, y que á esto se ha provisto ya por nuestras leyes con la mejora del tercio; que la tasa ó limitacion del quinto, solo habla con los estraños. ¿Pero es tambien estraña el alma misma del testador? ¿Lo será tambien su viuda, que despues de haber hecho las delicias de su vida y marchitado en su compañía la flor de su juventud, vá á quedar entregada al luto, á la pobreza y abandono precisamente en la edad que requiere mas cuidados y socorros? ¿Y no puede el testador tener tambien padres? Un hermano, un sobrino, y hasta un amigo, habrán tal vez merecido mas del testador que sus propios hijos.)

(Supongamos pues que haya uno solo de estos últimos indócil, ingrato, que haya acibarado la vida de su padre, pero que éste, por un esceso de su amor paterno ó por alejar de su sangre tal infamia, no quiera desheredar, ó no pueda hacerlo por no constituir los desmanes de su hijo una de las causas legítimas de desheredacion; ¿será justo ni político en este caso atar las manos y voluntad del padre de no poder disponer sino del quinto en favor de su misma alma, de su viuda, de sus padres, parientes y amigos, que tal vez le hayan endulzado con su cariño y cuidados las amarguras ocasionadas por el hijo?)

(No pongamos tantas trabas á la propension tan natural y provechosa de disponer cada uno de lo suyo; demos tambien al padre algun medio mas de represion y recompensa; fiémonos á la naturaleza y á la esperiencia: el hijo que está seguro de obtenerlo todo por la ley, no tiene necesidad de merecerlo por su amor y piedad filial, y es mayor el número de hijos ingratos que el de padres desnaturalizados.)

(Parece por lo tanto digna de reforma nuestra legislacion en esta parte, y que debia darse al padre por lo menos la facultad de disponer de una parte viril ó igual á la de cada uno de sus hijos, y aun demas cuando aquellos sean en gran número.)

1152 Tampoco obsta alegar que los hijos son gravados en sus legítimas, pues no es así, porque perciben todo lo que el derecho les concede, y el padre en usar del suyo á nadie injuria.

1153 Mas puesto que hay sobre ello variedad de opiniones (Gutier, lib. 2 Pract. g. 107; Gom., leyes 9 y 10 de Toro, Escobar, comput. 3) y suelen suscitarse dudas y litigios, á fin de evitarlos enterará de ellas el escribano al testador, y con su órden estenderá la cláusula en esta forma: "Mando que mis bienes se dividan en seis partes iguales, de las cuales una se tendrá por quinto íntegro para hacer en ella las deducciones que previene la ley 30 de Toro, hasta donde alcanza y no mas, y las cinco restantes se aplicarán á mis hijos con igualdad." Si tuviese mas hijos, mandará que se dividan en mas partes, y que la una se tenga por quinto.

1154 Ayora (de Parit., part 2, quæst. 1), dice que dejando el padre á su muger en cinta y no teniendo hijos vivos, puede disponer de la cuarta parte de sus bienes en perjuicio del póstumo, y se funda en que éste al tiempo de la disposicion y muerte de su padre no tiene adquirido derecho á ellos.

Pero no debe seguirse esta doctrina por ser diametralmente opuesta á la ley 28 de Toro, no corregida por otra; mayormente cuando no hay razon sólida en que afianzarla, y cuando si fuese verdadera, no solo podria disponer de la cuarta, sino tambien de todos, porque milita la misma razon para lo uno que para lo otro.

SECCION VI.

De la legítima de los ascendientes.

1155 A falta de hijos y descendientes legítimos y salvas las escepciones que se espresarán en cuanto á la madre, según se ha advertido en la seccion anterior, se comprenden igualmente en la clase de herederos legítimos y forzosos los ascendientes legítimos, á los cuales sus descendientes, no teniéndolos legítimos ni otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituir por herederos; pues que lo son por testamento y abintestato segun la ley 6 de Toro, y 1, tit. 20, lib. 10, Novís. Recop., que dice: «Los ascendientes legítimos por su órden y línea derecha sucedan ex-testamento y abintestato á sus descendientes y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos, en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos ó que hayan derecho de los heredear.»

(Parecía natural que antes de pasar á la segunda clase de herederos forzosos, á saber, los ascendientes legítimos, se apurára la primera ó de descendientes que sin ser legítimos son no obstante en ciertos casos herederos forzosos, y de consiguiente escluyen por testamento y abintestato á los ascendientes.)

(Escusamos hablar de los legitimados por el subsiguiente matrimonio, pues como observa juiciosamente el reformador del Febrero, son legítimos, y asi los llama la ley 1, tít. 13, Part. 4; corroborándose es-

to mismo con la ley 12 de Toro (hoy 7, tít. 20, lib. 10, Novís, Recop.): asi lo dejamos sentado en el núm. 444.)

(A falta de hijos y descendientes legítimos los legitimados por rescripto del príncipe serán herederos forzosos del padre. (Leyes 4, tít. 15, Part. 4; y 7, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.) (Véanse sin embargo las 5 y 6, tít. 5 del mismo lib. 10, que al parecer se rozan con la 7, aunque bajo otro aspecto.)

(En el caso anterior son tambien herederos forzosos de la madre los naturales y espúrios; (ley 5, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.); y como los derechos de sucesion y legítima son recíprocos, lo serán tambien de los abuelos maternos, y estos y aquellos lo serán en su caso del hijo ó nieto natural ó espúrio.

(Téngase tambien presente que segun la ley 6, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop., no teniendo el padre hijos ó descendientes legítimos, puede dejar todo lo que quisiere á su hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, por manera que estos no son en el caso dicho herederos forzosos; ¿pero como este mismo hijo natural es escluido en la sucesion intestada de su padre por los colaterales, que en ningun caso pueden ser instituidos ecsistiendo ascendientes?)

1156 En fuerza de la espresion genérica "de cualquier calidad que sean los bienes" no solo deben sucederles en sus bienes adventicios, sino tambien en los profecticios, castrenses y cuasi castrenses, y en los que el hijo clérigo de órden sacro adquiere por razon de la Iglesia.

1157 Los que han derecho de heredar á los ascendientes legítimos, no teniéndolos estos, son el hijo natural legitimado por el subsiguiente matrimonio (1) y el espúrio (2) legitimado por el rescripto del príncipe, los cuales escluyen á los ascendientes legítimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes. (Gom. ley 6 de Toro, núm. 10; y Tello Fem. núm. 66., Matienz. en la Ley 1, tít. 8, glos. 6; y 11, tit 6. lib. 5, Novís. Recop. glos 5, hoy ley 1, tít. 20 y 11, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

1158 La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender respecto á su propia persona, sino á las de los descendientes á quienes han de heredar; (Tello, ley 6 de Toro, núm. 6); y asi nada importa que el padre sea natural ó espúrio si su hijo es legítimo, que es lo que se requiere para que le herede.

SECCION VII.

Del tercio de que pueden disponer los descendientes.

1159 Aunque los ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus descendientes legítimos, pueden estos, aun estando bajo la patria

---

(1) Véase la nota anterior: los legitimados por el subsiguiente matrimonio son legítimos.

(2) Véase igualmente la nota anterior: pero hay poca propiedad en usar de la palabra espúrios, pues no son estos, sino los hijos naturales segun la ley de Toro, sobre quienes puede recaer la legitimacion por rescripto del príncipe. Véase número 5, 438; 436 y 440.

potestad, disponer del tercio de todos sus bienes en contrato ó última voluntad sin licencia de aquellos, siempre que no tengan hijos ú otros descendientes legítimos.

Asi lo dispone la ley 6 de Toro, (1, tit. 20, lib. 10, Novísima Recopilacion) que dice: «Pero bien permitimos, que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida ó hacer cualquiera última voluntad por su alma, ó en otra cosa cual quisieren: lo cual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, dó segun el fuero de la tierra se acostumbran tomar los bienes al tronco, y la raiz á la raiz."

1160 Pueden ademas gravarle é imponer las condiciones honestas y posibles que les parezca, legándole ó no á alguno de sus ascendientes, al modo que estos pueden gravar al quinto y á su legatario por la propia razon.

1161 La mencionada ley de Toro corrigió la 1, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real, en cuanto mandaba: «Que si el hijo no tuviere descendientes legítimos, ni otros hijos que tengan derecho de heredarle, pueda hacer de sus bienes lo que quisiere, de suerte que el rey no pierda de lo suyo, y no se lo pueda embargar padre, ni madre ni otro pariente."

Y aunque algunos autores (fundados en ella y en la 9 del mismo título y libro que dice: «Que si marido y muger hicieren hermandad de bienes despues del año de casados, valga la hermandad no teniendo hijos;») afirman que si hicieren los cónyuges pacto de sucederse en caso de morir sin descendientes legítimos, valdrá el pacto y no podrán anularlo ni reclamarlo el padre ni la madre del difunto; no debe seguirse su opinion, ya porque se estimaria como una donacion entre marido y muger ó un pacto de sucederse recíprocamente, reprobados por derecho, ya porque las leyes de los Fueros tienen solamente fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la ley 1 de Toro. (3, tit. 2, lib. 3, Novís. Recop.) Véase núm. 13.

SECCION VIII.

Si deben sacarse del tercio los gastos del funeral del hijo.

1162 Algunos autores afirman que los gastos del funeral del hijo deben deducirse del tercio por las mismas razones que se deducen del quinto, habiendo descendientes, y que deben ser entregadas las otras dos terceras partes á los ascendientes como legítima suya sin descuento ni gravámen. (Cast., ley 6 de Toro, verb. *Por su alma*; Gut., lib. 2, Pract. quaest. 71.)

Otros defienden que dichos gastos se han de bajar del cuerpo del caudal, porque el entierro y lo á él anejo son deuda que el hombre contrae por el hecho mismo de nacer, á cuyo pago estan sujetos y responden todos sus bienes sin distincion; y que el resíduo debe dividirse entre el ascendiente y el legatario del tercio, de cuyo dictámen es García. (De *Expensis*, cap. 8, núms. 49 y 50.)

1163 Para saberse cual de estas dos opiniones debe seguirse, es preciso esplicar qué se estiende por funeral, ó qué gastos de los oca-

sionados por la muerte de los hombres estan comprendidos en él.

Entiéndense por funeral el hábito ó mortaja del cadáver, la cera que se gasta en la casa del difunto, mientras está de cuerpo presente, y en la iglesia durante la vigilia ó misa; la limosna de estas y su responso, los clamores, la sepultura, el ataud, la conduccion del cadáver á la iglesia, el velarle y amortajarle, y algunas otras cosas necesarias, sin las cuales no puede hacerse el entierro.

1164 Los gastos que en todas estas cosas ocurren, son mas privilegiados que todas las otras deudas del testador, aunque en el caso de ser escesivos los ha de modificar el juez, atendidos sus haberes y calidad. (Leyes 12, tit. 13, Part. 1; y 30 al fin, tit. 13, Part. 5.)

Pero no se comprenden con el nombre de funeral los lutos, y asi cada heredero pagará el suyo de su parte de herencia, porque cede en su propia utilidad y no en la del legatario del quinto ó tercio. (Ayora de Partit., part. 2 quæst. 12.) Ni se comprenden los gastos de la última enfermedad hechos en medicinas, médico, cirujano, alimento &c., porque cuando el enfermo murió ya los tenia hechos y no se contrajeron con motivo de su muerte; en cuya atencion se deducirán del cuerpo de bienes como otras cualesquiera deudas contraidas por el testador durante su vida; bien que, á pesar de no ser funerarios, serán graduados despues de los que lo sean, y los acreedores por razon de ellos serán preferidos á todos los demas sin embargo de su anterioridad y privilegio. (Ayoræ de Partit., part. 2 quæst. 12.)

1165 Esto sentado, parece que los gastos del funeral y entierro deben deducirse del cuerpo de bienes:

1.º Porque la ley 30 de Toro es correctoria, y todas las de esta especie son de estricta interpretacion, debiendo entenderse segun las palabras literales en que están concebidas; asi, puesto que aquella habla solamente del quinto, á él debe limitarse.

2.º Porque la legítima de los descendientes es *deuda por derecho natural*, y la de los ascendientes deuda *por causa de equidad ó piedad y por derecho positivo*; y asi es mayor la de los primeros que la de los segundos, y estos no son herederos de igual prerogativa, cualidad y privilegio que los descendientes, ni suceden atendido el derecho divino y natural, como advierte Gomez con otros (tom. 1, Var., cap. 2., número 2, y en la ley 6 de Toro, núm. 20), ni entre ellos hay derecho de representacion, porque repugna á la naturaleza, ni tiene lugar la colacion, ni están obligados los hijos á atesorar para sus padres como estos para ellos segun San Pablo (Epístola *ad Corinthios*, cap. 12), ni es tampoco igual el amor entre todos, ni el ascendiente se subroga en el lugar de su descendiente como este en el de aquel.

3.º Porque si los legisladores que establecieron las leyes de Toro hubiesen querido que la deduccion se hiciera del tercio, lo habrian mandado, como mandaron se hiciese del quinto, y por este silencio es visto no haber innovado en la disposicion del derecho comun.

4.º Porque dichos gastos son una deuda natural que de justicia se paga á la iglesia por dar sepultura al cadáver, y como no se llama herencia sino lo que queda despues de satisfechas las deudas, se sigue de esto que asi como no puede negarse que los bienes del difunto son responsables á los gastos de su entierro, asi tambien es indubitable que

no habrá herencia hasta haberse cubierto todos los que él ocasione.

Puede ademas decirse en apoyo de esta opinion, que si los demas créditos se deducen y pagan del cuerpo de los bienes, con mayor motivo deben deducirse de él los gastos de entierro; pues mayor derecho tiene la iglesia á percibir estos que los otros acreedores á lo que se les debe; por manera que en este caso tiene lugar la regla, *si venzo al que te vence, mucho mejor te venceré á tí.*

1166 Vemos por lo tanto que la iglesia y gastos funerarios se pagan primero que todos los otros créditos del difunto, segun está así dispuesto por las leyes 12, tít. 13, Part. 1 y 30 al fin, tít. 13, Part. 5. Y no puede por esto decirse que se grava la legítima de los ascendientes, pues que á la verdad no hay tal gravámen cuando les quedan íntegros los dos tercios de los bienes del testador, que es lo que únicamente les señala la ley, y deben sacarse del caudal sobrante: así, los descendientes no hacen mas que pagar en justa proporcion y prorata con el legatario del tercio lo que les corresponde.

1167 Pero las misas, legados y todos los demas gastos que se hagan por disposicion del testador, han de pagarse ó deducirse del tercio; consistiendo la razon de esta diferencia:

1.º En que estos gastos son voluntarios, y los del entierro forzosos, de suerte que aunque el testador prohiba que se le entierre ó se paguen los segundos, no será obedecido.

2.º En que la ley 6 de Toro (1, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.) le permite disponer del tercio por su alma ó en lo que quisiere; y puesto que el testador usa de ella, debe observarse lo ordenado por la misma aun en el caso de mandar aquel lo contrario; si asi no se hiciera, quedaría la ley burlada é infringida, se daría al testador mayor facultad que la que ella le concede, y se equipararian los gastos de entierro, de los que no trata la ley, con los de las misas y legados en que le autoriza espresamente para emplear el tercio.

Sobre algunas de las razones dadas por Febrero para fundar esta opinion hace su reformador las tres observaciones siguientes:

»Hablando en rigor, la legítima que por todos derechos se debe á los hijos, consiste en la cuota que basta para los alimentos necesarios, hasta cuyo punto, segun nuestros autores, puede reducirla el soberano; y entendida asi la legítima que corresponde á los padres, no se les debe menos por todos derechos á pesar de cuanto digan Gomez y otros, quienes en mi entender se contradicen afirmando que á los ascendientes no se les debe la legítima por derecho natural, sino por causa de equidad ó piedad; pues que esta misma equidad y piedad no pueden ser otra cosa que el mismo derecho natural. Son llamados primero á la sucesion los descendientes, ya porque suelen sobrevivir á sus ascendientes, ya porque, regularmente hablando, se hallan mas necesitados que estos, y ya porque los ascendientes han percibido antes la herencia de sus respectivos ascendientes. Pero en órden á los alimentos no es menor la obligacion de los hijos respecto de sus padres que la de estos respecto de sus hijos. Si los padres han dado el sér á sus hijos, los hijos lo han recibido de sus padres."

»Si los padres no tienen con que alimentarse ni pueden proporcionarse su subsistencia, están obligados por derecho natural los

hijos á suministrársela valiéndose de todos los medios posibles, aun cuando para ello tengan que afanarse: tan grande es nuestra obligacion tocante á los autores de nuestra vida."

"Si entre los ascendientes no hay representacion, no es por la razon despreciable de que repugna á la naturaleza, sino porque ha querido la ley que no la haya y que herede el mas prócsimo en grado. Si esta dispusiera que muriendo alguna persona abintestato sin descendientes, y dejando, por ejemplo, padre y abuelos maternos, percibiese aquel la mitad de la herencia, y estos la otra mitad que su hija y madre del difunto percibiria si viviera, sucederian dichos abuelos por estirpe ó derecho de representacion. ¿Y repugnará entonces esto á la naturaleza? Tal repugnancia solo ha ecsistido en la fantasía de nuestros autores, y ecsistirá en la de los que adoptan sus opiniones sin crítica ni reflecsion:" hasta aquí el reformador de Febrero.

De todas las razones dadas por Febrero, la primera y tercera son las únicas que nos parecen satisfactorias y bastantes para decidir la cuestion como él la decide; la espresion de la ley de Toro respecto del quinto, su silencio respecto del tercio, y que, siendo correctoria, debe limitarse al punto que espresa y corrige sin estenderla á otros: todos los demas argumentos son vagos y frívolos, ó han de tener la misma fuerza y efectos en el quinto, y sin embargo la ley lo resiste.

1168 No encontramos motivo ni objeto para la discusion de si la legítima se debe á los hijos por derecho natural, ni puede sacarse gran partido de que nuestras leyes de Partida lo afirmen asi repetidamente: ¡es tan vaga y tan elástica, por no decir equívoca y capciosa, la palabra derecho natural! ¿Procede la legítima de la obligacion de alimentar? Pues bien; esta es recíproca entre ascendientes y descendientes (núm. 82), y por paridad de argumento digamos tambien que la dote se debe por derecho natural. ¿Se fundará en que el padre ha dado el ser á su hijo? Pero este tendrá entonces la misma obligacion por el doble vínculo de la naturaleza y del reconocimiento. ¿Y obró contra el derecho natural la legislacion romana, cuando en los tiempos mas prósperos y virtuosos negó legítima á los hijos, dejando precisamente por único juez y guía en esta materia á la misma naturaleza? ¿Y no son tambien tan absurdos y anti-naturales los fueros de casi un tercio de España, que han sancionado la misma regla ó principio con tan buenos resultados para la moral doméstica? ¿Y los testamentos militares, en que por leyes romanas y de Partida no se reconocia legítima, serán contra derecho natural?

Copiaremos lo que sobre este particular dicen tres profundos jurisconsultos y elegantes oradores.

"Los romanos, dice el uno, reconocian que si los padres deben legítima á los hijos, estos tienen igual obligacion para con aquellos; *quemadmodum à patribus liberis, ita à patribus liberis deberi legitimam.*"

"Los deberes de los hijos no tienen bajo las relaciones del órden social la misma estension que los de los padres y madres, porque la suerte de estos es mas independiente de la porcion de bienes que se les asegure en la fortuna de aquellos, que lo es la de los hijos de la parte que consigan en los bienes de sus padres y madres; y por esta razon debe ser menor la legítima de los ascendientes."

Otro dice: "¿en defecto de descendientes, podrian ser escluidos por una disposicion del hijo los ascendientes que le sucederian en el caso de morir él intestado?"

» Desgraciado por cierto sería el hijo que tuviese necesidad de verse obligado por la ley á dejar á los autores de sus dias testimonios de su piedad filial."

» Pero si un hijo se dejase arrastra á este esceso de ingratitud desconociendo su obligacion natural y civil, ó si, por no preveer la inversion del curso ordinario de la naturaleza, dispusiera de todos sus bienes, la ley vela por los ascendientes y les establece una legítima."

Y por fin el tercero: «que el padre sea precisado á dejar una parte de bienes á sus hijos, es un deber que le impone la naturaleza antes que la ley: que el hijo y nieto lo sean igualmente á dejar otra parte á sus ascendientes, es todavía una obligacion que la naturaleza y el reconocimiento les imponen de acuerdo con la ley»

Vemos, pues, que si la legítima es una obligacion ó deuda natural, lo es comun y recíproca entre ascendientes y descendientes; pero nosotros no la consideramos tal sino en un sentido lato y por el contacto ó afinidad que tiene con las obligaciones y vínculos generales de sangre entre personas tan allegadas que despues combina y modifica diversamente el legislador, segun la forma de gobierno, el estado mas ó menos perfecto de la sociedad, y otras consideraciones políticas. Por lo comun la potestad de los padres, en este como en todos los demas puntos, es menor en los estados monárquicos que en los republicanos: y nosotros no podemos ver en esta materia sino la obra de la ley mejor ó peor combinada con los intereses y relaciones de la sociedad. De otro modo no podria esplicarse tanta variedad en las diferentes legislaciones y aun dentro de una misma en diferentes épocas: lo mas que puede decirse de la legítima, donde se halla admitida, es que puede considerarse como de derecho público, y estrañamos que en la de los ascendientes no se haya hecho diferencia en el señalamiento de legítima de cuándo la ha de llevar uno solo, ó dos ó cuatro.

SECCION VIII.

Si el hijo que está bajo la patria potestad puede disponer del usufructo del tercio de sus bienes adventicios del mismo modo que de la propiedad, ó si ha de quedar reservado al padre durante su vida.

1169 Sobre este punto hay tambien discordia entre los autores.

Unos, fundándose en las palabras de la misma ley 6 de Toro (1, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.) *que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes*, afirman que el descendiente puede disponer en propiedad y usufructo de sus bienes adventicios, porque el testamento no tiene fuerza hasta la muerte del testador, en cuyo tiempo se consolida el usufructo, sale el hijo de la patria potestad, por la que tiene su padre el usufructo con la obligacion de alimentarle y educarle, y cesando aquella, debe cesar el usufructo; pues teniendo la edad que prescribe el derecho para testar, (ley 4, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop.) no necesita de la licencia paterna, por conferirle la ley suficiente facultad para ello, y no poder disponer el padre del

usufructo si fallece antes que su hijo, á causa de no tener dominio en él: de esta opinion, que hemos visto seguir en la práctica, son Gomez (ley 6 de Toro, núm. 12) y Colon. (*Instruc. Jurid.*, lib. 2, cap. 8, núm. 3.)

Los autores de la opinion contraria dicen que el padre ha de gozar del usufructo durante su vida; que sin su licencia no puede el hijo disponer de él; y que para que pueda, es menester que se la conceda amplia para todos y cualesquiera testamentos, porque de otra manera no puede revocar el primero ni ordenar otro, y si lo hace será nulo y subsistirá el primero.

Sus razones son, que dicha facultad se entiende únicamente para el primer acto; que no es visto haberse establecido la ley 6 de Toro tan en favor de los hijos, mayormente no habiéndose espresado, como no se espresó en ella; y que en lo omitido debemos ceñirnos á la disposicion del derecho comun, segun la cual *el padre goza del usufructo por los dias de su vida*: de este dictámen es Sigüenza (de *Cláusulas*, lib. 2, cap. 1, núms. 17, 18 y 19), quien cita en su apoyo diferentes autores de mucha nota.

1170 Lo cierto es que el hijo, estando bajo la patria potestad, no tiene dominio en el usufructo á causa de pertenecer al padre segun la ley 5, tít. 17, Part. 4, que dice así: "Ca de las ganancias que ficiesse por cualquier de estas maneras, que non saliesen de los bienes del padre nin de su abuelo, deve ser la propiedad del fijo que las ganó, é el usufructo del padre en su vida por razon del poderío que há sobre el fijo."

1171 Por tanto no podrá disponer ni aun en testamento á beneficio de otro en perjuicio de su padre. Y aunque se diga que el hijo por su muerte sale de la patria potestad, parece que en esto se padece equivocacion, porque lo que no ecsiste ni tiene sér no puede salir, y para que pueda decirse con propiedad que sale, se requiere que viva algun tiempo sin estar sujeto á su padre.

1172 Mas á pesar de esto, soy de sentir que el hijo puede disponer en propiedad y usufructo del tercio de todos sus bienes, ya por las razones de los que sostienen la afirmativa y quedan espuestas, ya porque la ley 5 de Toro (4, tít. 18, lib. 10, Novis. Recop.) dá facultad al hijo para testar teniendo la edad respectiva de doce y catorce años, aunque esté bajo la patria potestad, del mismo modo que si estuviese fuera de ella, pues sus palabras literales son: «el hijo ó hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, puede hacer testamento como si estuviese fuera de su poder;" ya porque la ley de Partida fué establecida en tiempo que los hijos no salian del poder de sus padres, aun estando casados y velados, segun el derecho comun que ha derogado la 47 de Toro (3, tit. 5, lib. 10, Novis. Recop.); y ya porque entonces no podian testar, como pueden hacerlo ahora por dicha ley 5.

SECCION IX.

Si puede el hijo sin permiso paterno disponer libremente en propiedad y usufructo de sus bienes castrenses y cuasi castrenses.

1173 En los números 89 y 90 se ha dicho qué sean, de dónde provengan estos bienes, y qué derechos tengan en ellos los hijos de familia.

1174 Por las leyes de Partida 6 y 7, tít. 17, Part. 4, habia respecto de estos bienes la singularidad privilegiada de que el hijo de familias podia testar libremente de ellos, al paso que no podia hacerlo en los adventicios.

Pero esta distincion quedó abolida en cuanto á disponer en testamento por la ley 5 de Toro (4, tít. 18, libro 10, Novis. Recop.), que indistintamente concedió á los hijos de familia de edad legítima la facultad de testar, y por la 6, tambien de Toro (1, tít. 20, lib. 10), que hizo á los ascendientes herederos legítimos y forzosos de sus descendientes *en todos sus bienes de cualquiera calidad que sean.*

Esta misma disposicion se halla corroborada en las ordenanzas militares impresas año de 1768, en cuyo tom. 3, artic. 17, trat. 8, tít. 11, se dice: «Todo militar podrá testar sin licencia de su padre de todos los bienes castrenses no solo estando en campaña, sino fuera de ella, y aun en la casa de su padre al tiempo de otorgar el testamento, con advertencia de que nunca pueda perjudicar al heredero forzoso dejando á otro los bienes castrenses, escepto el tercio de ellos, de que puede disponer á favor de quien quisiere en perjuicio de sus padres y demas ascendientes." Parece sin embargo que esto ha sido derogado por la real cédula inserta anteriormente.

(A nosotros nos parece que no hay tal derogacion, porque para haberla en materia tan favorable como es la de legítimas, deberia ser espresa, y entonces no habia otra ley militar vigente que las dichas ordenanzas de 1768.)

SECCION X.

Si puede el hijo consignar el tercio en ciertos bienes.

1175 Cuando los descendientes legan el tercio de sus bienes á alguno de sus ascendientes, no hay duda que pueden consignarlo en los que quisieren; pero sí la hay cuando lo dejan á un estraño.

Antonio Gomez en la ley 19 de Toro, núm. 4, opina que no; mas yo no me conformo con su parecer, porque si los ascendientes pueden señalar el quinto cuando lo dejan á un estraño, del mismo modo que cuando lo mandan á alguno de sus descendientes, siendo estos herederos mas privilegiados que los ascendientes, han de poder por mayoría de razon hacer igual señalamiento del tercio, por no haber prohibicion legal para ello: es bien sabido que donde versa igual ó mayor razon, debe ser una misma la disposicion de derecho.

SECCION XI.

El tercio es legado, no herencia: advertencia sobre esto á los escribanos.

1176 Estan persuadidos algunos escribanos de que el legatario del tercio aunque sea un estraño, es tan heredero del descendiente testador como su ascendiente, pues ordenan la cláusula de institucion nombrando á uno y otro por sus herederos en su respectivo haber, bajo

de un mismo concepto y espresion en esta forma: "instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera de todos mis bienes para que los hayan y hereden, &c."

Pero deben saber los tales escribanos que es un error clásico, no solo hacer la institucion en estos términos, sino tambien llamarle heredero: 1.°, porque con los ascendientes legítimos ningun estraño puede ser instituido heredero, debiendo estenderse á ellos lo que sobre este punto dispone la ley 7, tit. 1, Part. 6, acerca de los descendientes, despues que la ley 6 de Toro ordenó que los ascendientes fuesen herederos legítimos de los descendientes, y les sucediesen tanto por testamento como abintestato. 2.° Porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario del tercio como heredero particular, lo que no sucede, pues pasa precisamente á los herederos abintestato del descendiente.

Por estas razones es tan impropio el nombre de heredero como propio y adecuado el de legatario; y asi el tercio, que en este caso seria legado, y entre herederos forzosos instituidos es mejora, debe legarse en cláusula separada, y aunque se ponga en la de institucion, no se ha de llamar heredero al legatario.

(Conviene ver lo espuesto sobre este punto por nosotros anteriormente citando la ley 5, tit. 8, Part. 6, que dispone lo contrario aun en el caso de haber hijos. El inconveniente de que repudiada la herencia por los ascendientes, acrecería al legatario del tercio como heredero particular, en una palabra, al que obtuviese el tercio con título de heredero, no es tan cierto y grande entre nosotros que, despues de la celebre ley recopilada, (1, tit. 18, lib. 10,) no reconocemos el derecho de acrecer sino en cuanto proceda de la voluntad espresa ó presunta del testador, y de ningun modo cuando estribe únicamente en el acsioma romano de que nadie puede morir testado en parte y en parte intestado. Sucedería pues en el caso indicado lo que en todos los otros; la herencia repudiada seguiria la voluntad del testador, y en falta de ella recaeria con arreglo á la ley en los herederos abintestato del descendiente. Porque las leyes hayan aumentado la cantidad de la legítima, no ha cambiado su naturaleza, y lo permitido antes por la mencionada ley 5, tit. 8, Part. 6, debe tambien serlo hoy.

Curioso por cierto, aunque no muy consolador, es ver tanto ahinco en unos sobre este punto, y tanto ardor en otros para sostener que la legitima no es parte de la herencia sino de los bienes, atribuyendo á esta distincion, que á primera vista aparece sutil y puramente nominal, dos importantisimos efectos, que pueden verse en el Voet, núms. 44 y 45, de sus comentarios al tit. 7, lib. 5 del Dig.)

SECCION XII.

De los hijos ilegítimos que son herederos forzosos y escluyen de consiguiente á los ascendientes legítimos del testador.

1177 Queda ya advertido que los legitimados por el subsiguiente

matrimonio son en todo y por todo legítimos: que á falta de estos son herederos forzosos los legitimados por rescripto ó gracia del príncipe: vamos á ocuparnos de los ilegítimos.

1178 En el tít. 6 de la primera parte, núms. 439 y siguientes, se habló de sus diversas clases ó especies, y aunque por esto y por lo indicado de paso en el número podia en rigor escusarse el hablar mas de ellos, conviene reconocer por separado todas las clases de personas y líneas de herederos forzosos ó que gozan de legítima.

1179 El hijo natural no es heredero forzoso de su padre, y por lo tanto no escluye á los ascendientes legítimos; bien que, aun ecsistiendo estos, podrá el padre dejarle todos sus bienes (ley 6, tít. 20, libro 10, Novís. Recop.) segun se ha dicho al notar la contradiccion que esto envuelve con ser escluido el mismo hijo natural en la sucesion intestada por los colaterales, que ni aun en testamento pueden ser preferidos á los ascendientes legítimos. De los derechos del hijo natural á la sucesion intestada de su padre se hablará en su respectivo título; pero observaremos de paso, que aunque hoy se regulan por las leyes de Partida y no está en uso la del Fuero Real que en falta de hijos ó descendientes legitimos llamaba al natural á toda la sucesion de su padre, nos parece mas equitativa la segunda, y que los derechos del natural son muy diminutos en esta parte.

1180 Sobre si se tendrán ó no por hijos naturales sin reconocimiento de su padre, probándose que este los alimentaba, tenia y llamaba asi, y sobre otros puntos semejantes, ó lo que es lo mismo, si será necesario el reconocimiento espreso del padre, Febrero nos refiere á Matienz., y podia habernos referido á mil otros.

Sobre este punto se espresa su reformador en los términos siguientes: "Digan lo que quieran Matienzo y otros intérpretes, yo muy amante de la observancia de las leyes sostendré siempre con el Sr. don Simon de Viegas, que solo el concubinato y verdadero reconocimiento del padre constituyen naturales los hijos nacidos fuera de matrimonio, y que la ley 11 de Toro, mas sábia que los intérpretes, escluyó todas las demas pruebas de filiacion para eludir y cerrar la puerta á los muchos fraudes que acerca de este punto podian cometerse. Son muy juiciosas y dignas de leerse las observaciones que hace sobre la citada ley el referido autor en su discurso sobre el foro, páginas 29 y siguientes."

Sobre esto mismo se esplica asi D. Pedro de Villar y Bermudez de Castro en su *discurso imparcial* sobre los derechos de los hijos naturales, cap. 2, núm. 12. "No necesitaremos detenernos mucho para demostrar que, para contemplarse y decirse natural el hijo segun la ley, es indispensable concurra una de dos cosas, á saber; ó que el padre le procree de amiga que tenga en casa conocidamente por suya; ó que teniéndola fuera le reconozca, declarando espresa y formalmente en acto público ó privado (esto es ante juez, ó ante competente número de testigos, sea con escribano ó sin él) que es su hijo natural habido en tal muger, &c. Esta es la forma precisa de la ley de Toro, cuando dice: «con tanto que el padre le reconozca por su hijo.» Es verdad que no manifiesta el cómo, pero esto se hallaba ya claramente designado por la 7, tít. 22, lib. 4, del Fuero Real. El

sistema de todas por lo comun, y principalmente de las de Toro, ha sido, como queda visto, el de ocurrir á las dudas que se agitaban, cuidando poco de lo que no se controvertía ó no necesitaba reforma; y no pudiendo dudarse sobre el claro contesto de aquella ley del Fuero, ni debiendo suponerse que fuese digna de enmienda, se viene en claro conocimiento que á ella se ha referido en este punto; y por lo tanto es absolutamente infructuosa y vana la distincion que hacen algunos de reconocimiento espreso y tácito, induciendo este de la alimentacion, y otros hechos semejantes y equívocos, para denotar la filiacion, ó la caridad, ó la inclinacion particular, ó finalmente una duda ó una zozobra que agite la conciencia del padre sobre la certidumbre ó incertidumbre de su hijo. Bien se deja ver que, aun cerciorado á su satisfaccion, puede negarse indignamente una obligacion tan sagrada por las leyes de la naturaleza; mas esto, ó se podrá remediar por el apremio de la justicia cuando haya fundamentos sólidos, ó en caso de duda, y en el que la ley no decide claramente, tampoco nos debe bastar para que de un antecedente ambiguo podamos deducir consecuencias ciertas, mayormente cuando su trascendencia es de tanta consideracion y gravedad.»

Nos parece tan conforme á razon como ajustada á nuestras leyes la doctrina de los tres escritores que llevamos citados, y añadiremos con otro estranjero: «Se convienè en que la naturaleza ha cubierto la paternidad con un velo impenetrable; que el matrimonio ha sido establecido para mostrar á falta del signo natural esta paternidad misteriosa; y precisamente es fuera del matrimonio donde se pretende penetrar este misterio y descubrir la paternidad.»

«Estos pleitos son el oprobio de la justicia y la desolacion de la sociedad.»

«Las presunciones, los indicios, las congeturas erigidas en pruebas y la arbitrariedad en principio: el tráfico mas vergonzoso calculado sobre los sentimientos mas dulces: todas las clases, todas las familias entregadas al oprobio ó al miedo. Al lado de una desgraciada que reclama socorros en nombre y á espensas del honor, mil prostitutas especulan sobre la publicidad de sus desórdenes, y ponen como en subasta la paternidad de que disponen. Se busca un padre al hijo que puede ser reclamado por veinte, y se escoge siempre, en cuanto es posible, el mas virtuoso, el mas condecorado y rico para tasar el precio del silencio en proporcion al escándalo.»

«¡Qué de mugeres imprudentes se atreven á publicar sus flaquezas so protesto de recobrar su honor! ¡Cuántos intrigantes nacidos en la condicion mas abyecta tienen la inconcebible temeridad de pretender introducirse en las familias mas distinguidas y sobre todo las mas opulentas! Los tribunales se hallan asediados por todas partes con estas audaces reclamaciones, y no se sabe qué admirar mas, si la insuficiencia de nuestras leyes sobre este importante objeto, ó la temeridad de los que se prevalian de aquella para estraviar la justicia y turbar la sociedad.»

Febrero, despues de habernos remitido en el tomo primero á Matienzo, vuelve segun su costumbre á tratar esta materia en el tercero, y copiando la ley de Toro, añade. «Por tanto si alguno tiene en

su casa una sola concubina, se presume ser suyos los hijos que ella pára, aunque él no los reconozca por tales."

«Si tiene fuera de su casa una concubina, con la cual se dice públicamente estar distraido, no se deben estimar por naturales para cosa alguna, escepto que su padre los reconozca; y si siempre los reconoció y tuvo por hijos, se tendrán por tales, como tambien si alguna vez los reconoció, aunque despues los niegue, porque ya no puede obrar contra su propio hecho y confesion:» deja pues intacta la cuestion que habia suscitado en el primero remitiéndonos á Matienzo para su solucion.

Repetimos por lo tanto nuestra decidida adhesion á la doctrina de los señores Viegas, Bermudez y Gutierrez, que es la doctrina, el espíritu y letra de la ley de Toro, mayormente si se la combina con las anteriores del Fuero Real y de Partida.

Pero vemos con sentimiento, aunque no sin respeto, que en los tribunales ha prevalecido generalmente la opinion contraria, y tal vez por consideraciones de moralidad y de compasion á tantas madres é hijos, víctimas de la perfidia y de la seduccion: de todo hay ejemplares, y mas de una vez un mismo caso presenta diferentes aspectos.

1181 Resta otra cuestion no menos delicada, aunque no tan general.

La doctrina espuesta en el núm. 448 sobre los hijos adulterinos, habrá chocado á mas de un lector, y estamos muy lejos de estrañarlo; pero se tendrá presente que todo aquel es copia literal del 55 que se halla al fol. 294, tomo 3.º *del Febrero reformado.*

Nuestra opinion en este delicado punto es diametralmente opuesta á la de Febrero, que miramos como funesta á la moral pública, ofensiva á la santidad del matrimonio, é injuriosa á los autores de la citada ley de Toro. Esta, como observa el mismo Bermudez Castro, citando á otros en el núm. 8, cap. 2 de su mencionada obra, se promulgó para resolver las dudas originadas sobre si el hijo del clérigo de menores órdenes, viuda honesta ó vírgen, ó el de aquella que no fuese única concubina, era ó no natural. No debe pues estenderse la declaracion mas allá de las dudas y casos que la ley se propuso resolver, y menos cuando la ley 2, tit. 15, Part. 4, que prohibe la legitimacion de los tales hijos, aun por subsiguiente matrimonio, ni dió ni podia dar motivo á siniestras interpretaciones, pues se funda en la sencilla y moralísima razon de que *fueron fechos en adulterio*; lo que se confirma por la 8, tit. 13, Part. 6.

Febrero y los demas que opinan con él, no han reparado en la posibilidad del caso que vamos á proponer. Un marido, ausente por muchos años en Indias, regresa y encuentra á su muger en cinta de seis ó siete meses: la acusa de adulterio y, probada ó confesada como notoria la ausencia y consiguiente imposibilidad de que el marido sea autor de la preñez, es condenada la muger con su cómplice por adúlteros, y declarado fruto de adulterio lo que lleva en el vientre. Esta sentencia y declaracion pueden quedar ejecutoriadas antes que la muger dé á luz el fruto de su crímen: si en este caso muere el marido un dia antes del parto de aquella, habria de reputarse natural el hijo segun la doctrina de Febrero. ¿Y podria darse mayor escándalo é in-

culto á la moral pública? ¿Y qué seria entonces de la sentencia y declaracion ya ejecutoriadas?

Segun la misma doctrina podrá un hijo presentarse en los tribunales pretendiendo la declaracion y derechos de natural, apoyado en actos equívocos de reconocimiento tácito, y alegando por otra parte que, aunque fue concebido en adulterio, habia enviudado su madre poco antes de darle á luz, es decir, acusando á los autores de su vida de un delito casi capital. En una palabra, todas las leyes, inclusas las mismas de Toro, sobre adúlteros é hijos adulterinos vendrian á tierra en ciertos casos. No echemos tal borron sobre la memoria de aquellos legisladores, ni supongamos á nuestra legislacion menos moral que lo han sido y son todas las otras, porque todas han rechazado al hijo concebido en adulterio y negádole en todo caso la entrada á la clase de naturales.

En Francia está prohibido hasta que los padres puedan reconocerlos. «Su nacimiento, dice un orador, es una verdadera calamidad para las costumbres, y lejos de conservar el menor rastro de su ecsistencia, seria de desear que se pudiese borrar hasta la memoria de ella. Estigmatizar asi la vindicacion del santo vínculo del matrimonio, es honrarle de la manera mas útil. La ley puede mostrarse indulgente con la debilidad ó flaqueza, pero debe ser severa con el crímen: distinguiendo entre los frutos inocentes de la primera y los vergonzosos del segundo, asegura á aquellos la preciosa ventaja de la legitimacion por el subsiguiente matrimonio de sus padres y madres, y marca á los últimos con el sello indeleble del oprobio y de la reprobacion."

Finalmente, el mismo Febrero (tom. 1, pág. 100, núm. 73) dice que «hijos adulterinos ó notos son los que nacen del hombre casado y muger viuda ó soltera, llamada por otro nombre *barragana*, ó de ambos casados con otros, y que, aunque despues se casen estos por haber cesado el impedimento, no se legitiman." ¿Entendió aqui Febrero que el impedimento ecsistia en los dos tiempos de la concepcion y del parto? ¿O en el tomo tercero no tuvo presente lo que habia dicho en el primero? No fuera estraño, porque en los dos tomos hay algunas contradicciones en materia de hijos ilegítimos. Hay sin embargo autores muy respetables que apoyados en el testo literal de la ley 11 de Toro, siguen la opinion contraria: lástima grande es por cierto que las 83 leyes de Toro hechas para aclarar y cortar dudas anteriores hayan dado ellas mismas ocasion á tantas otras dudas; pero todavía es mas sensible que no hayan sido estas resueltas por una declaracion legislativa.

1182 A falta de hijos y descendientes legítimos, los hijos naturales ó espúreos tendrán en los bienes de su madre los mismos derechos que aquellos; es decir, que le serán herederos forzosos con esclusion de los ascendientes legítimos de la misma. (Ley 5, tit. 20, lib. 10, Novis. Recop.)

1183 No se entienden comprendidos en esta disposicion los hijos de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre; y se dirá tal el ayuntamiento por el que la madre incurre en pena de muerte natural.

Ni los hijos de clérigos ó frailes, ó monjas profesas, pues en este caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de

muerte, se ha de guardar lo contenido en la ley 4 del mismo título y libro (dicha ley 5): véase acerca de esto lo que en otro lugar dejamos dicho, y la glosa 5 de Gregorio Lopez á la ley 3, tit. 21, Part. 4, aunque se contradice en la glosa 5 á la ley 11, tit. 13, Part. 6; pues en aquella sostiene que los hijos de clérigo sucedan á la madre, y que la ley 9 de Toro (5, título 20, lib. 10, Novís. Recop.) no alteró la de Soria, (5 del mismo título y lib.), y en esta afirma lo contrario; es decir, escluye á los tales hijos de la sucesion de su madre, porque la ley de Toro amplió á ella la prohibicion que por la de Soria estaba limitada á la sucesion del padre clérigo y de los parientes de este. Véase tambien el escelente comentario del señor Llamas y Molina sobre la ley 9 de Toro, donde rebate la opinion de Lopez y demuestra que la mencionada ley 9 amplió á la sucesion de las madres la prohibicion de la ley de Soria.

1184 Los hijos naturales y espúreos son tambien herederos forzosos de sus abuelos maternos, no teniendo éstos hijos ó descendientes legítimos; y por la razon tantas veces repetida de que los derechos de sucesion y legítima son recíprocos (ley 8, tít. 13, Part. 6), la madre y los abuelos maternos serán respectivamente herederos forzosos de sus hijos y nietos naturales ó espúreos en el caso de no tener éstos hijos ó descendientes legítimos. (Gregorio Lopez en la glosa 3 de la dicha ley 11, tit. 13, Part. 6, donde ventila otras cuestiones curiosas concernientes á esta misma materia.)

1185 Febrero dice que, siendo el hijo natural preterido ó desheredado por su madre, se duda por falta de decision legal, si deberá ó no heredarla.

Con este motivo hace su reformador la juiciosa nota siguiente: «No es necesaria mas disposicion que la misma ley de Toro; pues mandando que en el caso de que habla, los hijos ó descendientes naturales ó espúreos sean herederos legítimos por testamento y abintestato, manda asimismo que aunque sean preteridos ó desheredados (sin justa causa, como debe suponerse) sucedan en los bienes maternos. ¿Qué quiere decir que le sean herederos legítimos por testamento sino imponer la obligacion de que se les instituya en este?"

Nosotros estrañamos tanto mas esta incertidumbre de Febrero en su tomo 1.º, pág. 100, cuanto que en el 3.º, p. 288, dice redondamente: "A falta de descendientes legítimos son tan forzosos herederos de la madre sus hijos naturales como aquellos habiéndolos sin diferencia, y en nada mas los puede perjudicar que á los legítimos."

Dice tambien Febrero en el mismo tomo 3.º, pág. 290, número 45: "Los hijos *nefarios ó incestuosos* heredarán á su madre por testamento y abintestato á falta de legítimos, pues la ley 9 de Toro (5, tít. 20, libro 10, Novís. Recop.) habla con la generalidad que puede verse en la misma." Algunos autores opinan lo contrario, fundándose en la esclusion que hace de los incestuosos la ley 11, tít. 13, Part. 6, que dice: «fueras ende, si fuesse tal fijo como el que llaman en latin incestuoso,» y en la final, tít. 18, Part. 7 que impone la pena de adulterio á los que sabiendo son parientes cometen el incesto, que es, al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion y pérdida de su dote y arras. Pero ademas de que es visto que la ley 9 de Toro corrige con sus espresiones generales las leyes de Partida, concurre el que

aquella hace á los hijos herederos de su madre cuando por tenerlos no incurrió en pena de muerte, y segun estas ni por el incesto ni por el adulterio se impone á la madre pena capital."

Es muy digno de notarse que en la página anterior, es decir, en la 289, el mismo Febrero define y llama nefarios á los hijos que procrean los ascendientes en sus descendientes; y en efecto, la ley 13, tít. 2, Part. 4 habla del monstruoso incesto en línea recta.

El señor Llamas y Molina ya citado, sostiene con bastante fundamento en el núm. 52 de sus comentarios á la ley 9 de Toro, que la madre no incurre por el incesto en la pena de muerte natural, y concluye por lo tanto en el siguiente núm. 53, que el hijo incestuoso es heredero legítimo de su madre extestamento y abintestato, es decir, heredero forzoso: al intento ecsamina y esplica las leyes 15, tít. 17, y 3, tít. 18, Part. 7.: hablando el señor Llamas en general de todos los incestuosos segun la ley 13, tít. 2, Part. 4, es claro que comprende á á los llamados nefarios por Febrero.

Nosotros nada añadiremos sino que habemos tocado este punto con suma repugnancia; que celebraríamos no verle mencionado en nuestras leyes, y deseamos por amor á la verecundia natural y á la moral pública que nunca lleguen á ocuparse los tribunales de este lamentable caso: si llegase, dudamos que el hijo y hermano ó nieto á un mismo tiempo de su madre, fuera declarado heredero legítimo y forzoso de esta: pasemos á los adulterinos.

1186 «Los hijos de hombre casado y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya merecen los dos ser castigados, como no se les castiga con pena de muerte, parece podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato, aun habiendo ascendientes legítimos, segun la misma ley 9 de Toro que asi lo ordena.» Asi lo dice Febrero con la palabra meticulosa "parece": nosotros creimos que podia haberlo afirmado terminantemente, porque las leyes civiles solo entienden y castigan como adulterio el que »ome face á sabiendas yaciendo con muger casada ó desposada con otro, por cuanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, é non el de ella.» (Ley 1, tít. 17, Part. 7): serán pues los hijos de casado y muger libre herederos forzosos de esta.

1187 Los hijos adulterinos de muger casada son, segun Febrero, de dañado y punible ayuntamiento, porque por el incurre aquella en pena de muerte natural; de consiguiente no le serán herederos forzosos.

El señor Llamas dilucida perfectamente esta cuestion, que se habia propuesto y dejado sin resolver Greg. Lop. en la glosa 5 de la ley 11, tít. 13, Part. 6. Hace mérito de la ley 16, tít. 17, Part. 7, por la que á la muger adúltera no se le imponía la pena de muerte natural; pero recorre en seguida la ley 1, tít. 7, lib. 4 del Fuero Real, la 1, tít. 21 del Ordenamiento de Alcalá, y la 82 de Toro, concluyendo de todas, que la pena de muerte natural que pueden sufrir los adúlteros por mano del marido, se la impone directa é inmediatamente la ley, reservándose ó concediendo al agraviado en cuya ofensa se ha cometido el delito, la facultad de remitirles la pena ó hacerles gracia de la vida.

De aquí saca la consecuencia forzosa que los hijos de la adúl-

tera deben ser escluidos de su herencia por castigarse el delito de adulterio en la muger segun nuestras leyes reales con pena de muerte natural, cuya opinion dice ser de Antonio Gomez y Tello Fernandez.

Pero restaba una dificultad segun el citado autor. La ley 9 de Toro escluye de la herencia de la madre á los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y de consiguiente á los de la adúltera, al paso que por la ley 11 el hijo engendrado en adulterio y nacido en tiempo que sus padres pueden contraer matrimonio justamente sin dispensacion, es declarado natural, y bajo este concepto, á falta de hijos y descendientes legítimos, será heredero forzoso de su madre, sucediéndola extestamento y abintestato: lo que al parecer envuelve manifiesta contradiccion.

El citado autor la salva diciendo que la ley 9 contiene una regla ó prohibicion general contra los hijos concebidos de dañado y punible ayuntamiento como los hijos de la adúltera; pero que la ley 11 hace una escepcion á favor de aquellos cuyos padres al tiempo del nacimiento podian casarse justamente sin dispensacion. Este medio de conciliacion nos parece mas ingenioso que sólido; pero era necesario á los que, como el señor Llamas, llevan la opinion (contraria á la nuestra) de que los hijos concebidos en adulterio son naturales, si al tiempo de su nacimiento concurre en sus padres la espresada circunstancia de poderse casar.

El reformador de Febrero hace con este motivo la siguiente observacion: "Ningun delito de incontinencia, fuera del pecado nefando, se castiga en el dia con pena capital, y asi ni aun el de la muger casada podrá llamarse ahora de *damnado y punible ayuntamiento*, nombre estraño y que pudo aplicarse á otros delitos de la misma clase castigados tambien con sumo rigor. Ya sea porque la mayor cultura y suavidad de costumbres ha mitigado el rigor de las penas, ya sea por haber llegado á ser muy frecuente, ya sea porque quienes han de castigarlo se consideran asimismo muy frágiles y espuestos á cometerlo, lo cierto es que el adulterio se castiga á lo mas con una reclusion en la muger y con un presidio en el hombre."

Si en esta observacion no se propone el reformador sino consignar un hecho ó práctica, estamos de acuerdo; la suavidad entra en las costumbres antes que en las leyes; la tortura, por ejemplo, estaba abolida en la práctica mucho antes de su abolicion legal; y hoy mismo presenciamos el desuso de la pena de azotes y de vergüenza pública á que se dió entrada en el mismo reglamento provisional para la administracion de justicia.

Si el reformador pretende hacer valer la mencionada consideracion en favor de los hijos adulterinos y para igualarlos ó asemejarlos con los naturales ó espúreos en la sucesion de su madre, nos declaramos en contra; la ley ecsiste, y con ella las graves razones de moral y conveniencia pública que aconsejaron la mayor animadversion ó disfavor de los adulterinos; la suavidad de costumbres influye, sí, en la diminucion de penas; pero conserva y hasta aumenta el horror á los delitos.

1188 Los hijos engendrados de judío ó moro y cristiana casada

son reputados por todos como de dañado y punible ayuntamiento, pues que la madre incurre en pena de muerte natural segun la ley 9, título 24, Part. 7.

1189 La ley 2, tít. 29, lib. 12, Novís. Recop. trae otro caso de igual pena, y aunque el objeto de aquella es muy recomendable como dirigido á mantener el buen órden de las familias y la pureza de la moral doméstica, creemos que los hijos no serán reputados hoy como de punible ayuntamiento por las solas circunstancias espresadas en la ley escesivamente dura y con cierto humillo de señorial: asi es que ya en tiempo de Felipe II no se ejecutaba en su rigor literal, segun lo persuade la siguiente ley 3: "Se proceda y haga justicia con mas rigor segun la calidad del caso lo requiera."

SECCION XIII.

Si los hermanos son en algun caso herederos forzosos.

1190 Fuera de los descendientes y ascendientes enumerados en las tres secciones anteriores, todos los demas se llaman herederos voluntarios ó estraños, cuyo nombre se les dá porque, aun en el caso de ser parientes del testador, no tiene éste obligacion civil de instituirlos ni dejarles parte alguna de sus bienes, ni pueden aquellos alegar la pretericion para atacar el testamento como inoficioso.

1191 Hay sin embargo una escepcion á favor del hermano del testador, cuando instituyó por herederos á personas de mala vida ó infames de hecho ó de derecho (ley 12, tít. 7, Part. 6); como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, espúreos, clérigos continuamente amancebados, borrachos, jugadores, usureros manifiestos y otros que refieren los autores (como Gom., ley 9 de Toro, núm. 21, Castilla, lib. 2, cap. 19, núm. 1, 18 y siguientes), y cuya decision se deja al arbitrio del juez por no encontrarse en nuestras leyes la correspondiente.

1192 En el caso del número anterior podrá el hermano quebrantar el testamento por la querella de inoficioso, de que se hablará mas adelante; y dando ante el juez la debida prueba, habrá la herencia del difunto. (Dicha ley 12.)

1193 Pero aun habiendo sido instituida heredera una persona de mala vida ó infame, no podrá el hermano intentar la querella de inoficioso cuando el testador le desheredó por alguna de las tres causas siguientes:

1.ª Por haber atentado ó maquinado contra la vida del testador.

2.ª Por haberle acusado criminalmente en causa de que podia resultarle pena de muerte ó de perdimiento de miembro.

3.ª Por haberle hecho perder la mayor parte de sus bienes ó haber puesto los medios para ello, aunqne no lo consiguiese. (La misma ley 12.)

1194 Mediando y pudiéndose probar alguna de las tres causas mencionadas en el artículo anterior, pierde el sobreviviente todo derecho á la herencia legítima ó intestada de su hermano por razon de parentesco. (Dicha ley.)

(Y lo mismo habrá de decirse cuando el testador no desheredó al hermano, pero la persona infame ó de mala vida que fué instituida, probare alguna de las tres causas dichas.)

(Parece inferirse de lo espuesto que, para el caso de ser instituida una persona infame ó de mala vida, el hermano es heredero forzoso, y bajo este concepto debe tener una legítima. Pero ¿ cuál será esta ? El hermano no podrá ser mas favorecido que los ascendientes legítimos: de consiguiente, el tercio por lo menos podrá dejarse al infame ó de mala vida. La ley calla sobre esto, como sobre si los hermanos han de ser de padre y madre, ó bastará que lo sean del lado paterno; solo dice que, quebrantado el testamento por inoficioso, el hermano habrá la heredad ó herencia del difunto. Gregorio Lopez en su glosa 5.ª á la dicha ley y palabra *heredad*, dice que se revocará el testamento en cuanto á todos los bienes del difunto y no solo en cuanto á la legítima debida al hermano, dando por supuesto que se le debe, pero sin decir cuánta sea esta, ni qué ley es la que se la señala: cosas ambas á dos que no le habria sido fácil probar. Mas seguro seria decir que se quebranta el testamento en cuanto al nombramiento de heredero, porque en esto solo se causa agravio al hermano postergado, sea cualquiera la parte de bienes que aquel contenga.)

Se deja tambien un ancho campo á la arbitrariedad en cuanto á la declaracion de quien sea persona de mala vida ó infamada. Entre los romanos la mancilla de leve nota trajo su orígen de la famosa Ley Julia Papia Popea como lo prueba Heineccio en su elegante y erudita disertacion de *Lev. not. mac. orig*; pero aun asi reina la mayor confusion entre los intérpretes de aquel derecho sobre quiénes deban ser tenidas por personas torpes para este caso.

Gom. *variar. resolut.*, tom. 1, cap. 11, núm. 38, reputa por tales á los incestuosos, adulterinos ó nacidos de otro dañado coíto, opinion que es rechazada por Voet y otros autores mas justos y menos preocupados. Febrero parece seguir la opinion de Gomez, puesto que reputa por infames á los espúreos, lo que ha dado lugar á la siguiente juiciosa nota de su reformador.

"Es de creer que al presente no se tendrian por personas torpes los espúreos, no tanto porque no han cometido ningun delito que los infame ni puede imputárseles el crímen paterno, cuanto por la distincion que deben á la ley 9, tít. 23, lib. 8, Novís. Recop., que los habilita para ejercer cualesquiera artes y oficios, sin embargo de los estatutos ó constituciones de hermandades y otros cuerpos erigidos con autoridad pública. Favorece este modo de pensar la ley 4, tít. 37, lib. 7, Novís. Recop., loable ciertamente y llena de humanidad, en que se dispone que todos los espósitos (cuyo mayor número es sin duda de espúreos) se tengan por legitimados por la real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion de suerte; que mientras no consten sus verdaderos padres han de estar en la clase de hombres buenos del estado llano, gozando de los propios honores y llevando las cargas sin diferencia de los demas súbditos honrados de la misma clase. Estas dos leyes muestran bastantemente que las luces van disipando la oscuridad en que yacian tantas personas inocentes dignas de la mayor compasion, poniendo á la vista que solo el mal-

vado debe ser deshonrado, envilecido y perseguido." Algo mas habria dicho el reformador en nuestros dias; nosotros nos limitaremos á copiar el artículo 5.º de la Constitucion: "Todos los españoles son admisibles á los empleos y cargos públicos segun su mérito y capacidad."

1195 Sobre si es ó no conveniente establecer legítima ó reserva á favor de los colaterales, hé aqui como se espresan algunos oradores.

"La ley de reserva ó legítima para los colaterales no tendria por objeto sino á los parientes que se habrian hecho acreedores al olvido ó á la animadversion, y que por esto mismo no deben ser favorecidos."

"Los adversarios de esta legítima citan el ejemplo siempre memorable de aquel pueblo que de todos los del mundo es el que mas estudió y perfeccionó la legislacion civil; entre los romanos jamas se pensó en establecer legítima para los colaterales."

«En los paises gobernados aun por aquel derecho, se encuentra la armonía que hace tan respetables las familias: ellos presentan el cuadro de aquellas razas patriarcales, en las cuales, aquellos á quienes la Providencia ha dado gran fortuna, no gozan de ella sino para la felicidad de todos los que por sus sentimientos se hacen dignos de ser admitidos en el seno de la familia."

"En la casa de este bienhechor encuentra socorros y consuelos el pariente desgraciado; otro recibe ausilios y estímulos para adelantar su fortuna, y en ella tambien se economizan dotes para las hijas. ¡Qué enorme diferencia entre las ventajas que por este medio y durante la vida del bienhechor pueden sacar los parientes de unas liberalidades independientes de la ley, y el producto de una ténue legítima que las mas veces vendria á ser ilusoria!"

"No puede esperarse, y menos en línea colateral, el crear y conservar aquel espíritu de familia que tiende á sostener todos sus miembros, á no formar de ellos sino un solo cuerpo, y á estrechar sus grados, sino escitando la beneficencia de los parientes entre sí durante su vida. El solo medio de escitar la beneficencia es dejarla independiente, porque es propio del corazon humano que se amortigüe el sentimiento de beneficencia tan pronto como se le haga la menor fuerza: esta idea no se compadece con la nobleza, pureza y delicadeza de sentimientos que animaban al hombre benéfico, y deja este de serlo por creer que ya no lo puede ser, y que no tiene nada que dar á los que tienen derecho para ecsigir. El espíritu de familia es un fuego sagrado que debe conservarse donde ya ecsiste, y encenderse donde no lo está."

"¿Pero no debia hacerse al menos una escepcion en favor de los hermanos y hermanas que mueren sin descendientes ni ascendientes?"

"¿No se debe distinguir dentro de la misma familia á los que la constituyen mas íntimamente, de quienes se presume que vivieron bajo un mismo techo, que estuvieron sujetos á la autoridad del mismo padre de familias, que obtuvieron de este un patrimonio, que sin duda quiso ver repartido entre ellos, y que casi siempre es el fruto de las economías y trabajos del mismo padre?"

"¿Qué hermano podria mirar como un sacrificio ó cortapisa odiosa de su libertad una pequeña legítima, por ejemplo, del cuarto de sus bienes á favor de sus hermanos y hermanas, aunque fuesen muchos?"

"¿Puede haber alguna ventaja en conceder á un hermano la facultad

de trasmitir todo su patrimonio á una familia estraña con perjuicio de cuantos de él dependen, ó de preferir un hermano ó hermana á todos los demas? Esto último seria una causa eterna de discordia entre el hermano preferido y los otros, que se considerarian como desheredados."

»Si todos convienen por necesidad en que el legislador debe emplear todos sus esfuerzos para estrechar los vínculos de familia, ¿se dejará en libertad de romperlos enteramente á los que son entre sí tan cercanos por naturaleza?"

»Por poderosos que parezcan estos motivos al intento de establecer una legítima en beneficio de los hermanos y hermanas, se oponen á ello con consideraciones todavía mas fuertes."

»La esperiencia es el guía mas seguro de los legisladores. En Roma nunca se admitió legítima en favor de los hermanos, y estos no podian quejarse del testamento en que habian sido olvidados ó preferidos, sino en el solo caso de haber sido instituida heredera una persona de mala nota, *turpis persona*. La reclamacion que de cierta parte de los bienes podian hacer en este caso los hermanos, no era bajo el nombre de legítima sino una venganza debida á la familia, que habia recibido tan grande ultraje de parte del testador."

»Sin embargo, en ningun pais ha sido tan interesante el cuadro de la amistad fraternal como donde los hermanos han tenido entera y absoluta libertad para disponer de sus bienes."

»Si, como queda probado, es mayor la inclinacion á los actos de beneficencia á medida que son menores las trabas para disponer por última voluntad, esta consideracion adquiere mayor fuerza entre hermanos, y debe ejercer grande influjo en su prosperidad."

»Cuanto mas ténue fuese la legítima que se estableciera en beneficio de los hermanos y hermanas, tanto menor seria la utilidad real que reportasen de ella, y no debe por lo tanto ser preferida á las grandes ventajas que deben esperarse de la entera libertad para disponer."

»Si se impusieran en línea colateral deberes rigorosos de familia, deberian tambien imponerse en favor de los sobrinos huérfanos de padre y madre: estos sobrinos tienen mayor necesidad de apoyo, el tio respecto de ellos ocupa el lugar de ascendientes, y á los cuidados y autoridad de los tios está confiada la suerte de esta parte de la familia."

»Síguese de aqui que en caso de quererse establecer legítima en favor de colaterales, no podria limitarse al solo grado de hermanos y hermanas; y sin embargo, aun los que opinan por aquella, ni siquiera han pensado en que pudiera estenderse mas allá del tal grado sin dar un ataque injusto al derecho de propiedad."

»Es sin duda alguna muy conforme al curso de la naturaleza que los hermanos y hermanas estén unidos por los lazos íntimos que una educacion y nacimiento comun han formado; pero el órden social que ecsige una legítima en la línea directa, no tiene igual interés en que la haya á beneficio de los hermanos y hermanas."

»El padre ha contraido no solamente para con sus hijos, sino tambien para con la sociedad, la obligacion de conservarles medios de subsistencia proporcionados á su fortuna, y este deber ha sido ya llenado respecto de los hermanos y hermanas, puesto que cada uno

ha recibido su parte de los bienes del padre y madre comunes."

»Los hijos que no dejan descendientes, tienen deberes que cumplir para con los autores de su vida; pero los hermanos y hermanas no tienen entre sí tales deberes, y no pueden por lo tanto reclamar su cumplimiento."

Otro dice: "La facultad de trasmitir los bienes es puramente de derecho civil, y solo debemos ecsaminar si es conforme á la naturaleza de nuestro gobierno, á nuestras costumbres, al carácter nacional, á los verdaderos intereses del hombre, al interés de las familias, que el que no tiene hijos ni ascendientes sea dueño absoluto para disponer, ó si debe establecerse legítima á favor de los colaterales."

»En una nacion poderosa las grandes masas de propiedades pueden sin inconvenientes concentrarse en una sola mano."

»La misma agricultura no puede obtener sus mayores desarrollos sino por los trabajos de los grandes propietarios."

»Al hombre agrada la libertad ilimitada de disponer: ningun derecho cuadra mejor á su dignidad; ninguno escita mas su emulacion."

»Los que opinan por la legítima en favor de los hermanos y hermanas, dicen: el vínculo que une á dos hermanos es tan estrecho! ¡Interesa tanto no debilitarlo! ¡Es tan útil conservar el espíritu de familia!"

»¡Cúan triste seria ver llamados á estraños para recoger un patrimonio, cuando una parte de él fuera tan necesaria para la subsistencia de un hermano indigente!"

»Y sin embargo, estos mismos á fin de obtener la legítima en favor de los hermanos y hermanas habrian consentido en distinguirlos de los sobrinos."

»Estas ideas debian encontrar naturalmente una poderosa acogida en los corazones generosos; pero han tenido que ceder á consideraciones de un órden superior."

»Y desde luego, subiendo al orígen del derecho de legítima, ha sido forzoso convenir en que no hay relaciones sagradas y recíprocas sino entre ascendientes y descendientes."

»Los hijos son todos de la misma familia respectivamente á su padre; pero cada uno de los hijos forma en seguida una familia particular.»

»Ecsaminemos tambien qué es lo que contribuye mas á conservar el lazo ó vínculo de familia."

»Un derecho adquirido puede ahogar ó rechazar el sentimiento."

»En el sistema de libertad ilimitada el deber irá unido con el interés.»

»¿No es justo que el hombre esté seguro de encontrar miramientos en aquellos que están destinados á sucederle?»

»Consultemos la esperiencia: los que están ya seguros de un derecho independientemente de la voluntad, se creen demasiado á menudo dispensados de proceder con delicadeza hácia el hombre en quien ven un deudor mas bien que un bienhechor. Que se deba todo á la benevolencia, y esta se hará entonces merecedora de todo."

»Háse dicho que la vejez sería asediada y algunas veces seducida; pero al menos hallará siempre consuelos y nunca se verá abandonada."

»¿Y quién de nosotros puede ignorar que las mas veces el hombre que no tiene hijos busca sus herederos en su propia familia; que

desde el otoño de la vida, sin descuidar á ninguno de sus hermanos y hermanas, pone los ojos en los hijos de un hermano ó hermana para hacer de ellos el honor y apoyo de su senectud?"

»El deséo mas natural en el hombre es el de sobrevivirse á sí mismo y dejar huellas de su nombre y de sus trabajos."

»No es seguramente entre estraños donde él va á buscar tales sucesores; y aun cuando algunas veces acontezca lo contrario, no debe el legislador pararse en escepciones raras, que pueden ser tambien legítimas."

«Al conceder la facultad ilimitada de disponer en línea colateral, no es el blanco ni el voto de la ley que sean despojadas las familias."

»¿Es acaso para provocar la espoliacion de los hijos que la ley deja al padre la libre disposicion de una parte de sus bienes?"

»La ley, que juzga al corazon humano, quiere que el respeto, el cariño y las atenciones de los herederos presuntivos hagan olvidar al pariente propietario lo que le es permitido dar á otros."

»¿Qué es lo que sucederia de restringir en este caso la facultad de testar? El hombre estaría en pugna consigo mismo; querría siempre disponer de sus bienes, y se veria forzado á hacer transacciones indiscretas; tendria que refugiarse en goces y rentas de por vida, ó hacer donaciones entre vivos, de que podria arrepentirse: en fin, no habria una sola sucesion de estas sin litigios."

»Dejad pues una libertad absoluta; que el hombre que trabaja sepa que podrá disponer de su fortuna; que esté seguro de que hallará consuelos; que el hombre que conoce el precio del sentimiento no tema que se le acerquen solamente por miras de interés; que el que aspire á suceder sepa merecerlo; dejad curso libre á los afectos. Que el hombre pueda hacer en vida los negocios ó transacciones que le convengan; que no tenga delante de sí un heredero necesario que le eche en cara su larga vida; que no se le esponga á tener que hacer actos simulados ó temerarios; que no se vea despues de su muerte estallar una lucha escandalosa entre el heredero de la ley y el de la voluntad; en una palabra, que el solo testamento pueda arreglarlo todo, *dicat testator et erit lex*; palabras que nos han sido transmitidas por los primeros legisladores del pueblo rey, y que nos recuerdan toda nuestra dignidad."

El tercero de los oradores indicados se espresa así: "La libertad indefinida de disponer en línea colateral ha encontrado dificultades. Los que se oponian á ella consideraban á los hermanos como herederos naturales de cierta porcion de los bienes de sus hermanos."

»Sin duda alguna los vínculos que unen á dos séres salidos de un mismo padre, que se han criado juntos, y han sido llamados á participar y partirse los bienes procedentes de la misma rama, deben hacer nacer afectos dulces y duraderos; pero todo esto no da un derecho irrevocable. Los hermanos heredarán á sus hermanos cuando estos no dispongan lo contrario; y si lo disponen, será porque otros afectos mas dulces y poderosos se han sobrepuesto al que haya podido inspirar el hermano."

»Podrán encontrarse hermanos injustos ó descarriados por pasiones borrascosas. ¿Pero es dado al legislador el prevenir todos los abusos? ¿Por ventura no tendría siempre el hermano injusto ó descarriado medios de eludir la ley que restringiese su libertad?"

»Que el padre se vea precisado á dejar cierta parte de los bienes á

sus hijos, es un deber que la naturaleza le impone antes que la ley."

»Que el hijo y el nieto sean tambien obligados á dejar á sus ascendientes alguna parte de bienes, es todavía un deber que la naturaleza y el reconocimiento les imponen de acuerdo con la ley."

»Pero cuando ya no ecsisten estas primeras relaciones, ó que el hombre ha satisfecho á los dictados ó mandamientos procedentes de ellas, ¿debe todavía obligarle la ley á dejar una parte de sus bienes aun al hermano de quien tuviera fundados motivos de queja?"

»Si ecsiste la amistad, el hermano no será despojado por el hermano."

»Si los beneficios no tienen fuerza sobre su corazon, la ley no puede interponer en este caso su autoridad, como puede y debe cuando se trata de un hijo respecto de su padre ó de éste respecto de su hijo, porque las buenas costumbres y la naturaleza quedarian igualmente ultrajadas si un hijo pudiera ser impunemente ingrato, ó si el padre reusára á los séres á quienes ha dado la vida, los medios que puede proporcionarles para vivir con decencia en la clase y fortuna en que los ha hecho nacer."

»La ley ha dado al padre el derecho terrible de castigar á un hijo ingrato, el derecho tan consolador de recompensar al hijo digno de sus bondades. ¿Qué razon pues habria para negar al hermano el derecho de castigar al hermano de quien tiene motivos de queja y el derecho de recompensar al hermano que le tiene obligado, y aun el de derramar sus beneficios sobre un amigo que su corazon puede preferir á los colaterales mas cercanos cuando ocurra que esté descontento de ellos?"

»Su corazon podrá estraviar su mano; mas por algunos hechos aislados que aflijan al espíritu del legislador, ¿debe este sacrificar la generalidad de los hechos? ¿Y no es forzoso convenir en que los grandes errores, los estravíos que contristan las costumbres son raros, y que el curso general de la vida no ofrece sino una série constante de hechos, de los que las familias no tienen que avergonzarse ni quejarse?"

»Abandonemos, pues, la naturaleza á sí misma siempre que pueda hacerse sin peligro, y no pongamos á la libertad del hombre sino los límites que su fragilidad hace necesarios."

»El interés rompe frecuentemente los lazos de la sangre. Que este mismo interes vuelva á anudarlos; que el hermano incapaz de amar á su hermano sienta en su corazon estraviado por lo menos la necesidad de que no estalle su odio; los miramientos que le prescribe, el buen parecer llegarán á ser en él un hábito, y le conducirán por grados y, por decirlo asi, sin que él lo advierta á la amistad."

»Que el que no sea bastante feliz para apreciar un sentimiento tan dulce, para conocer que debe hacerle sacrificios; que el que sea incapaz de toda virtud, conozca al menos que debe ceder á la necesidad, á su propio interés."

«Esto basta; porque ¿qué es lo que interesa á la sociedad? ¿Virtudes siempre puras? Es una quimera el aspirar á ello: bastan virtudes morales inspiradas por las relaciones ó vínculos prescritos por la necesidad, y cuyo resultado es siempre la concordia y la union de los miembros de las familias, virtudes que por sí solas hacen la fuerza de la sociedad, y garantizan las costumbres del influjo de las divisiones escandalosas.»

FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE.

PARTE CIVIL.

LIBRO I.

De las personas.

FORMULARIO.

FORMULARIO.

FORMULARIO.

FORMULARIO.

FORMULARIO.

FORMULARIO.

FORMULARIO.

LIBRO II.

De las cosas.

FORMULARIO.

FORMULARIO.

ERRATAS.

Página.	Línea.	Dice.	Debe decir.
35	38 y 41.	Corateral.	Colateral.
36	22, 23 y 24	del tronco comun que está contando desde el padre, del tio y abuelo de la sobrina, hasta ésta, á saber. AB y AD.	empezando desde el tronco comun que es A, padre del tio y abuelo de la sobrina, hasta ésta, á saber: AB y BD.
39	16	IV.	V.
40	22	V.	VI.
41	26	VI.	VII.
id.	40	los 18 años.	los 17 años. (Ley 7, tít. 2, lib. 10, Novís. Recop.)
169	42	undo.	fundo.
178	última de la nota.	comtrovertido.	controvertido.
219 y demas impares hasta la 247.	El epígrafe.	De la adquisicion del dominio.	De los testamentos.
232	29.	prestar.	testar.
id.	32 y 33.	requirirá.	requerirá.
233	6 de la nota 3.ª	por el silencio.	que el silencio.
251	3	pretension.	pretericion.
259	14	preveer.	prever.
260	27	preveen.	preven.
278	43 y 44	*que-madmodum à patribus liberis, ita à patribus liberis.*	*quem-admodum á patribus liberis ita patribus à liberis.*
279	33	VIII.	IX.
280	43	IX.	X.
281	25	X.	XI.
id.	38	XI.	XII.
282	44	XII.	XIII.
290	13	XIII.	XIV.